

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FRANCIANE ATENA DE ATTAYDE SILVA

***EXTINÇÃO DO CONTRATO DE FRANQUIA: HIPÓTESES DE CABIMENTO DE
INDENIZAÇÃO***

CURITIBA
2009

FRANCIANE ATENA DE ATTAYDE SILVA

***EXTINÇÃO DO CONTRATO DE FRANQUIA: HIPÓTESES DE CABIMENTO DE
INDENIZAÇÃO***

Monografia apresentada no Curso de Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharelado.

Orientadora: Profª. Dra. Márcia Carla Pereira Ribeiro.

CURITIBA
2009

TERMO DE APROVAÇÃO

FRANCIANE ATENA DE ATTAYDE SILVA

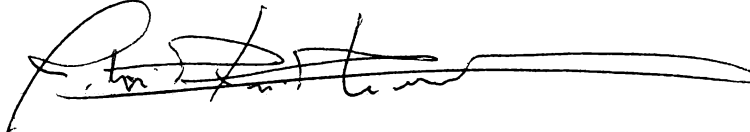
Extinção do contrato de franquia: hipóteses de cabimento de indenização

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



MÁRCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO
Orientador

EDSON ISFER
Primeiro Membro



RODRIGO XAVIER LEONARDO
Segundo Membro

À Deus pela oportunidade de estar realizando este trabalho e à minha família e amigos pela paciência, carinho e compreensão.

Nada lhe posso dar que já não exista em você mesmo. Não posso abrir-lhe outro mundo de imagens, além daquele que há em sua própria alma. Nada lhe posso dar a não ser a oportunidade, o impulso, a chave. Eu o ajudarei a tomar visível o seu próprio mundo, e isso é tudo.

Hermann Hesse

RESUMO

O tema deste trabalho refere-se ao contrato de franquia e a problemática que envolve sua extinção. Pretendendo facilitar o estudo, a presente pesquisa foi dividida em duas partes distintas, uma geral e outra específica. A parte geral tem o intuito de fornecer o embasamento necessário para a compreensão do objetivo específico do trabalho; inicia-se a explanação sobre o contrato de franquia em si, perquirindo seu aspecto histórico, conceito, natureza jurídica e característica, com incursões também sobre a Circular de Oferta de Franquia. Posteriormente, abordam-se as modalidades de franquia e, numa leitura da Lei 8.955/1994, extraem-se as obrigações das partes. Já na parte específica do trabalho, faz-se incursões quanto à possibilidade de extinção do contrato, seja pela aposição de termo final ou não, pela existência de justa causa e por meio de cláusula contratual nesse sentido. Finalmente, diante da problemática que envolve a extinção de contratos de franquia, foram estabelecidas algumas hipóteses de ruptura do vínculo que são passíveis de indenização e os critérios para isso, de forma a reduzir as arbitrariedades das partes e do órgão julgador. O estudo desenvolvido, ao analisar a importância que o sistema de franquia continua a ter nos dias atuais, a partir da quantidade de redes e unidades de franquias operando no Brasil, e demonstrar a insuficiência da lei ao disciplinar o contrato, permite concluir pela necessidade de uma regulamentação legal que, sem suprimir a liberdade negocial, possibilite maior segurança jurídica às partes.

Palavras-chave: Contrato de franquia. Extinção. Abuso de direito. Dano. Indenização.

SUMÁRIO

1	CONTRATO DE FRANQUIA OU <i>FRANCHISING</i>	9
1.1	<i>Breve Histórico</i>	9
1.2	<i>Conceito</i>	10
1.3	<i>Natureza Jurídica</i>	12
1.4	<i>Características do contrato de franquia</i>	14
1.5	<i>Circular de Oferta de Franquia</i>	17
2	ESPÉCIES DE FRANQUIA	20
2.1	<i>Franquia de Produção e de Distribuição</i>	21
2.2	<i>Franquia Industrial e Franquia de Serviço</i>	22
2.3	<i>Master-franquia</i>	23
2.4	<i>Desenvolvimento da Área de Franquia</i>	24
2.5	<i>Business Format Franchising</i>	25
3	OBRIGAÇÕES DOS CONTRATANTES	26
4	POSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO DO CONTRATO DE FRANQUIA	28
4.1	<i>Contratos por prazo determinado ou indeterminado</i>	29
4.2	<i>Existência de justa causa ou não</i>	35
4.3	<i>Previsões contratuais relevantes</i>	42
5	HIPÓTESES DE CABIMENTO DE INDENIZAÇÃO NA EXTINÇÃO DO CONTRATO DE FRANQUIA	45
5.1	<i>Resilição abusiva</i>	45
5.2	<i>não-renovação abusiva</i>	48
5.3	<i>imposição de condutas abusivas</i>	50
5.3.1	<i>imposição de preços de revenda</i>	51
5.3.2	<i>ausência de cláusula de exclusividade territorial e prejuízos ao franqueado</i>	53
5.3.3	<i>aquisição de estoque mínimo</i>	55
5.3.4	<i>cláusula de provisionamento</i>	55
5.4	<i>itens que podem ser indenizados</i>	56
5.5	<i>visão jurisprudencial</i>	62

6 **Conclusão**.....66

7 **REFERÊNCIAS**68

Introdução

Os contratos de franquia compreendem modalidade contratual que tem por objetivo a distribuição de produtos e serviços, envolvendo benefícios ao franqueador, que dissipará a sua marca e, eventualmente, seus produtos, a custos reduzidos, como também ao franqueado, que comercializará bens ou serviços já bem aceitos no mercado e com toda a formatação disposta pelo franqueador.

Desde a primeira vez que aportou no Brasil, em 1960, o sistema demorou a receber disciplina jurídica, que somente ocorreu em 1994 com a Lei nº 8.955, porém, mesmo após o seu advento, muitos dos conflitos que envolviam os contratantes permaneceram sem solução, já que a lei limitou-se a regular a oferta de franquia, sem estabelecer de forma taxativa as obrigações das partes.

Diante da insuficiência da referida Lei e pela carência doutrinária envolvendo o tema objeto deste estudo, é que o presente trabalho pode mostrar-se relevante, pois, sem pretender suprimir a liberdade negocial das partes, sugere cláusulas mínimas e fundamentais ao regular desenvolvimento do vínculo.

Como a lei é omissa quanto ao momento da extinção do contrato, a presente pesquisa objetiva determinar as possibilidades de ruptura do vínculo e delimitar as hipóteses de cabimento de indenização, além de fixar os critérios para isso, de tal sorte a preservar a atratividade inerente a essa espécie contratual, reduzindo as arbitrariedades tanto das partes contratantes como do órgão julgador.

A análise jurisprudencial desenvolvida ao final objetiva não só demonstrar como o tema é comumente tratado, mas também, diante da expressiva quantidade de casos submetidos ao Poder Judiciário, comprovar a necessidade de uma melhor e mais completa regulamentação dessa modalidade contratual.

Assim, sem pretender esgotar o tema ou mesmo resolvê-lo em sua plenitude, até porque impossível diante da sua complexidade, a presente pesquisa terá cumprido seu papel se ao menos tiver instado alguma reflexão, servindo como ponto de partida para o desenvolvimento de outros estudos que possam eventualmente ocorrer.

1 CONTRATO DE FRANQUIA OU *FRANCHISING*

1.1 Breve Histórico

O sistema de franquia comercial, ou *franchising* como preferem denominar alguns autores¹, teve origem na solução à expansão encontrada pela sociedade Singer Sewing Machine, em 1860, nos Estados Unidos da América (EUA). A sociedade, sem recursos à época para se expandir, resolveu criar uma rede de distribuição; para tanto, credenciou interessados que passaram a ser agentes da sociedade e, como incentivo à participação, cedeu-lhes produtos, materiais publicitários, técnicas de vendas e *know-how*.² Em fins do Século XIX, sociedades como a General Motors e a Coca-Cola passaram também a utilizar esse sistema.³

Entretanto, o sistema de franquia comercial, como modernamente é conhecido, data do pós Segunda Guerra Mundial, quando ganhou características próprias e passou a ser utilizado em larga escala nos EUA.⁴

Por intermédio do sistema de *franchising*, viabilizou-se que ex-combatentes norte-americanos e demais interessados fossem insertos no comércio, iniciando suas atividades de imediato, já que, a metodologia operacional apresentada em forma acabada pelos franqueadores e a tutela de empresas cujas marcas já estavam

¹ Adalberto Simão Filho prefere utilizar a expressão "*franchising*" em detrimento de "franquia comercial", ao fundamento de que o significado da palavra atribuída à "franquia" na língua portuguesa não condiz com a extensão significativa do termo *franchising* em inglês, que seria muito mais abrangente. Ainda, segundo ele, o termo *franchising* foi facilmente assimilado entre os brasileiros, e já se popularizou no país como forma específica de comércio e distribuição de bens, tanto que há a correspondência entre os termos na lei de franquia empresarial nº 8.955/1994 (SIMÃO FILHO, Adalberto. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 20,21).

² O termo inglês *Know-How* é utilizado para designar uma técnica, um conhecimento ou uma capacidade desenvolvida pelo franqueador, de natureza intangível, que poderá ser objeto de cessão por meio de contrato.

³ LOBO, Jorge. *Contrato de franchising*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 23.

⁴ SIMÃO FILHO, A. op. cit., p. 18.

fortalecidas no mercado, com grande aceitação pública, dispensavam, na prática, a experiência empresarial.

Depois de expandir nos EUA e na Europa, o sistema aportou no Brasil em 1960, embora de forma rudimentar, com as redes de escolas de idiomas *Yázigi*.⁵ Não obstante, somente a partir da década de setenta, passou o sistema de franquia comercial a ser a modalidade preferida dos empresários brasileiros de médio e pequeno porte, em virtude de representar não só uma espécie de comércio percebida como estável, mas também, porque veio a servir a uma população urbana crescente, que necessitava de inúmeros serviços para os quais não dispunha de vontade ou tempo de executar.

Atualmente, o Brasil é o quinto maior país do mundo em redes de franquias e o sétimo em número de unidades, contando com 1.379 franqueadores e 71.954 unidades franqueadas.⁶ Esses números demonstram que o contrato de franquia não perdeu sua importância ao longo do tempo, sendo, ainda hoje, utilizada em larga escala entre os empresários como forma de distribuição de bens e serviços.⁷

1.2 Conceito

Como se verá a seguir, não há uniformidade na definição do sistema de franquia, o que não ilide, no entanto, que elementos peculiares a esses conceitos, e essenciais a caracterização do instituto, possam ser extraídos, como a distribuição, a colaboração recíproca, o preço, a concessão de autorizações e licenças, a independência, os métodos de assistência técnica permanente, a exclusividade e o contrato mercantil.

⁵ CRETELLA NETO, José. *Do contrato internacional de franchising*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 24.

⁶ Segundo informações extraídas do site da Associação Brasileira de Franchising <http://www.portaldofranchising.com.br>.

⁷ Em 2001, o Brasil contava com 600 (seiscentos) franqueadores e 51 (cinquenta e um) mil unidades franqueadas. No decorrer de aproximadamente sete anos, 779 (setecentos e setenta e nove) novos franqueadores passaram a atuar no Brasil, contando com aproximadamente 21.000 (vinte e um mil) novas unidades franqueadas (<http://www.portaldofranchising.com.br>).

Para a legislação brasileira, a franquia empresarial, ou *franchising*,⁸ consiste no sistema por meio do qual o franqueador cede ao franqueado⁹ o direito de usar a marca e/ou patente, bem como, eventualmente, o direito de usar a tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador.¹⁰

Semelhante é a definição fornecida pela International Franchise Association:

Uma operação de *franchise* consiste em uma relação contratual entre *franchisor* e o *franchisee*, pela qual o *franchisor* oferece ou se obriga a manter um contínuo interesse no negócio do *franchisee*, em campos como o *know-how* e a formação da empresa, em que o *franchisee* opera sob um nome comercial comum, um método ou procedimento próprio controlado pelo *franchisor* em que o *franchisee* tem ou terá que fazer uma substancial inversão de capital no negócio com seus próprios recursos.¹¹

Já as definições de Fran Martins e Orlando Gomes são menos abrangentes ao tratar do instituto. O primeiro o define como o contrato¹² que liga uma pessoa¹³ a uma empresa, para que esta, segundo determinadas condições, “conceda à primeira o direito de comercializar marcas ou produtos de sua propriedade sem que, contudo, a esta esteja ligada por vínculo ou subordinação”.¹⁴ Já Orlando Gomes dispõe ser a “operação pela qual um empresário concede a outro o direito de usar a marca de um

⁸ Embora alguns autores diferenciem ambas as expressões, neste estudo a distinção é irrelevante, até porque a própria legislação brasileira equivale os termos.

⁹ As expressões “franqueador” e “franqueado” serão oportunamente definidas.

¹⁰ Dispõe o art. 2º da Lei 8.955/1994 que “franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício”.

¹¹ SIMÃO FILHO, A. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*, p. 28.

¹² O sistema de franquia, como se verá adiante, não é sinônimo e também não se encerra com o contrato de franquia, embora este sirva à formalização do instituto.

¹³ Embora o autor não explicita, entende-se que seria a pessoa física que contrata com o franqueador, por ser um contrato *intuitu personae*.

¹⁴ MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*, 15.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 486.

produto seu com assistência técnica de sua comercialização, recebendo, em troca, determinada remuneração”.¹⁵

O sistema de franquia envolve muito mais do que o mero direito à comercialização de marcas ou produtos. Por conta disso, para fins deste estudo, adotar-se-á a definição fornecida por Adalberto Simão Filho, em vista de melhor explicitar o instituto e os seus elementos caracterizadores:¹⁶

Um sistema que visa à distribuição de produtos, mercadorias ou serviços em zona previamente delimitada, por meio de cláusula de exclusividade, materializado por contrato(s) mercantil(s) celebrado(s) por comerciantes autônomos e independentes, imbuídos de espírito de colaboração estrita e recíproca, pelo qual, mediante recebimento de preço inicial apenas e/ou prestações mensais pagas pelo franqueado, o franqueador lhe cederá, autorizará ou licenciará para uso comercial propriedade incorpórea constituída de marcas, insígnias, título de estabelecimento, *know-how*, métodos de trabalho, patentes, fórmulas, prestando-lhe assistência técnica permanente no comércio específico.¹⁷

1.3 Natureza Jurídica

Muito embora o sistema de *franchising* envolva vários outros institutos jurídicos como, por exemplo, compra e venda, licença para exploração de marcas e patentes, agência, mandato mercantil, comissão mercantil e concessão comercial, consiste em figura jurídica autônoma, com as quais, no entanto, não se confunde, razão pela qual mostra-se importante a determinação da sua natureza jurídica.

Segundo leciona Maria Helena Diniz, natureza jurídica é o “significado último dos institutos jurídicos”, podendo ser definida como a “afinidade que um instituto jurídico tem em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluído

¹⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 467.

¹⁶ Ressalva-se, no entanto, que a exclusividade territorial mencionada pelo Autor não é obrigatória para a caracterização do instituto, nos termos da Lei 8.955/1994, podendo ou não estar presente no contrato de franquia.

¹⁷ SIMÃO FILHO, A. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*, p. 35.

a título de classificação”.¹⁸ Para Orlando Gomes, encontrar a natureza jurídica de um instituto é descobrir seu local no sistema jurídico, permitindo a compreensão e aplicação das regras agrupadas.¹⁹

Com efeito, Jorge Lobo defende que a franquia empresarial, em sua natureza jurídica, seria uma técnica de cooperação entre empresas independentes objetivando a maximização dos resultados operacionais de ambos os interessados.²⁰

Já Adalberto Simão Filho²¹ entende que a natureza jurídica do sistema de franquia empresarial seria de um contrato. Nesse sentido, também leciona Luiz Edmundo Appel Bojunga²², cujo posicionamento cumpre transcrever:

Franquia possui natureza jurídica complexa, podendo revestir as características de um contrato comercial, quando há mercancia, ou ainda civil, quando se limita à prestação de serviços. Apresenta-se, ainda, via de regra, como um complexo de relações obrigacionais identificáveis entre as categorias típicas, tanto do Direito Civil como do Direito Comercial. O Direito Privado moderno seguidamente defronta-se com contratos que constituem um amálgama de outros contratos, sendo o franchise um eloqüente exemplo disso.

Vê-se, a partir das exposições acima, que inexistente consenso quanto à natureza jurídica do sistema de franquia. Contudo, mais correto se apresenta o entendimento defendido por Adalberto Simão Filho e Luiz Bojunga, na medida em que o contrato, por distingui-lo de outros institutos jurídicos semelhantes, configura o próprio sistema a se operar.

¹⁸ DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. São Paulo: Saraiva, 1998, vol. 3, p. 337.

¹⁹ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 11.

²⁰ LOBO, J. *Contrato de franchising*, p. 31.

²¹ SIMÃO FILHO, A. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*, p. 41.

²² BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. *Natureza jurídica do contrato de franchising*. Revista dos Tribunais, v.79, p. 59.

1.4 Características do contrato de franquia

O sistema de franquia empresarial, conforme já assinalado, formaliza-se entre os seus interessados por meio de um contrato, que deve ser escrito e assinado na presença de duas testemunhas.²³

O contrato é o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que “sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regulam”.²⁴ Por seu intermédio, nascem relações jurídicas capazes de criar para as partes que o compõem direitos, faculdades, pretensões, deveres e obrigações, ônus e encargos.²⁵ Costumeiramente, o termo é também empregado para designar o instrumento, público ou particular, pelo qual o negócio é formalizado.

Os sujeitos que se relacionam pelo contrato se denominam partes. Estas, por serem definidas como “centro de interesses”, ao proferirem declaração de vontade convergente e coincidente de proposta e aceitação, desde que válida e eficaz, formará e aperfeiçoará o contrato celebrado.

No contrato de franquia, as partes que o compõe ganham denominação específica de franqueador, ou franchisor, e franqueado, ou franchisee,²⁶ que podem ser assim definidos:

Franqueador é aquele que, sendo titular de uma marca e detentor da tecnologia de instalação e operação de um determinado tipo de negócio e/ou titular de um segredo, processo, produto ou equipamento, outorga a alguém, dele jurídica e economicamente independente, licença para explorar essa marca, sempre em conexão com a exploração, utilização ou comercialização da idéia, método ou processo, equipamento ou

²³ Dispõe o art. 6º da Lei 8.955/1994 que “o contrato de franquia deve ser sempre escrito e assinado na presença de 2 (duas) testemunhas e terá validade independentemente de ser levado a registro perante cartório ou órgão público”.

²⁴ GOMES, O. *Contratos*, p. 10.

²⁵ *Ibid.*, p. 13.

²⁶ “Franchisor” e “franchisee” são os correspondentes em inglês aos termos franqueador e franqueado, respectivamente.

produto de que é titular, detentor ou fabricante e de acordo com os padrões e normas estabelecidos por ele.²⁷

Franqueado é aquele que adquire do franqueador o direito de instalar e explorar uma ou mais unidades com a marca deste, operando essa unidade, ou unidades, de acordo com a orientação e sob a supervisão dele, que lhe fornece o treinamento e a assistência necessários.²⁸

Os contratos, como gênero, existem em grande quantidade já que servem ao trânsito de riqueza, razão pela qual mostra-se necessário proceder à sua classificação de modo a acentuar as semelhanças, diferenças e particularidades de cada espécie contratual, bem como as vantagens, desvantagens que geram para os contraentes e os efeitos jurídicos que produzem.²⁹

Em geral, classificam-se em unilaterais ou bilaterais; onerosos ou gratuitos; aleatórios ou comutativos; solenes ou não solenes; instantâneos ou de duração continuada; paritários ou de adesão; e, por fim, pessoais³⁰ ou impessoais.

A classificação em unilateral ou bilateral pode dizer respeito tanto à formação do vínculo obrigacional como aos efeitos.³¹ Aqui importa a classificação quanto aos efeitos, já que o contrato é negócio jurídico bilateral por excelência, pois sempre exige a bilateralidade das vontades em sua formação. Nesse sentido, leciona Darcy Bessone:

*O contrato, como acordo de vontades, depende sempre de duas declarações – a proposta e a aceitação. É então quanto à sua formação, ato bilateral, contrapondo-se às declarações unilaterais de vontade. Sendo bilateral sob esse aspecto, pode ser bilateral ou unilateral no que diz respeito aos seus efeitos, isto é, quanto às obrigações que cria.*³²

²⁷ CHERTO, Marcelo Raposo. *Franchising: revolução no marketing*. São Paulo: McGraw-Hill, 1988, p.46.

²⁸ *ibid.*, p. 59.

²⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, vol. 3. 21 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 83.

³⁰ Alguns autores preferem denominar os contratos pessoais em *intuito personae*.

³¹ Do ponto de vista da formação, negócio jurídico unilateral é o que decorre da expressão da vontade de apenas uma pessoa, já o bilateral advém do concurso de vontades.

³² ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 89.

Contrato unilateral, portanto, é aquele que gera obrigações apenas para uma das partes, ao passo que o bilateral gera para ambas.³³ No entanto, conforme ressalva Darcy Bessone, as obrigações das partes, nos contratos bilaterais, devem ser “principais e correlativas”, ou seja, “deve haver interdependência entre as obrigações, servindo umas de causa das outras”, não basta, simplesmente, que cada contratante se obrigue para com o outro.³⁴

Contratos onerosos compreendem os negócios jurídicos que suscitam prestações correlatas de vantagens e sacrifícios por ambas as partes; já os gratuitos, apenas uma das partes obtém proveito. Os contratos onerosos podem ainda ser subdivididos em contratos aleatórios ou comutativos. Aleatórios são os contratos em que as partes desconhecem a proporcionalidade entre vantagens e os sacrifícios a serem suportados; comutativos, porém, são os contratos que permitem, previamente, saber quais serão as prestações devidas e a correspondente equivalência entre as vantagens e os sacrifícios.³⁵

Quanto à solenidade dos contratos, prevalece no direito brasileiro a liberdade de formas como regra geral, porém, a lei pode exigir a adoção de determinada forma, em obediência à segurança dos contraentes; destarte, solenes são os contratos que somente se aperfeiçoam quando o consentimento é expresso pela forma prescrita na lei; não solenes se aperfeiçoam independentemente da adoção de determinada forma.

Contratos instantâneos são aqueles que permitem o cumprimento da prestação em um único instante, exaurindo-se neste ato; já os contratos de execução continuada se prolongam no tempo e se caracterizam pela prática, ou abstenção, reiterada de atos perpetrados pelos contraentes.

Paritários são os contratos que, na fase das tratativas, permitem ampla discussão das cláusulas e condições que regerão a relação jurídica celebrada, de modo que questões divergentes são resolvidas mediante “transigência mútua”,³⁶ já contratos de adesão não permitem qualquer debate ou transigência entre as partes e o eventual

³³ GOMES, O. *Contratos*, p. 71.

³⁴ ANDRADE, D. B. *Do contrato*. p. 91.

³⁵ GOMES, O. *Op. Cit.*, p. 73-74.

³⁶ DINIZ, M. H. *Curso de direito civil brasileiro*, vol. 3, p. 94.

aderente se restringe a, simplesmente, aceitar as cláusulas previamente instituídas e redigidas, sem poder alterá-las.

Os contratos serão *intuito personae* quando a consideração da pessoa a se contratar configurar elemento determinante para sua conclusão, ou seja, o contratante tem interesse que a obrigação seja cumprida por aquela específica pessoa, devido à sua idoneidade e competência; são impessoais aqueles em que a pessoa contratada é juridicamente indiferente para o contratante, que objetiva apenas o cumprimento da obrigação.

A partir das explicitações acima, é possível definir o contrato de franquia empresarial como bilateral, oneroso, comutativo, solene, de trato sucessivo, de adesão³⁷ e *intuito personae*.

1.5 Circular de Oferta de Franquia

A proposta feita pelo franqueador, que pretenda ampliar sua rede de distribuição de produtos e serviços por meio do sistema de franquia, denomina-se Circular de Oferta de Franquia. Este documento está previsto no art. 3º da lei 8.955/1994 e configura um marco para a legislação brasileira, pois, além de conferir transparência à operação que se quer desenvolver, diminui não só os riscos do negócio como também a eventual insatisfação por parte do franqueado, ao ser-lhe possibilitado acesso quase que irrestrito às informações do sistema.

³⁷ Luiz Bojunga menciona que o contrato de franquia é pacto *por adesão* e não *de adesão*. A diferença, para ele, consiste em que no contrato por adesão "o consentimento se manifesta pela aceitação total das cláusulas contratuais estabelecidas pela outra parte, ditas apenas para um contrato (negócio). Já os contratos de adesão, rigorosamente, se destinam a uma séria contínua de relações jurídicas que poderão se repetir, até mesmo, com o próprio contratante, a exemplo do que acontece ao passageiro na utilização dos serviços de transportes coletivos". Nos contratos por adesão, haveriam dois momentos cronologicamente distintos: num primeiro momento o franqueador rediz cláusulas contratuais e abstratas que irão reger o conteúdo das relações contratuais, de forma uniforme, com os candidatos à franquia. Num segundo momento, o candidato adere ao sistema, podendo negociar; ou seja, os contratos se estabelecem de modo uniforme individualmente entre o franqueador e cada um dos franqueados. (BOJUNGA, L. E. A. *Natureza jurídica do contrato de franchising*, p.65)

A Circular de Oferta de Franquia é preparada pelo franqueador e entregue ao franqueado com antecedência mínima de 10 (dez) dias contados da data de assinatura do contrato, do pré-contrato ou do pagamento de alguma taxa, e deve conter informações relevantes sobre o sistema que se pretende franquear, como por exemplo, a situação econômica e legal do franqueador, a extensão dos serviços prestados, os conceitos fundamentais de operação e gestão e o prazo do contrato.³⁸ Adalberto Simão Filho sintetiza que a Circular de Oferta de Franquia deverá fornecer informações societárias, contábeis, financeiras, judiciais e negociais.³⁹

As informações societárias dizem respeito à obrigação do franqueador de informar ao franqueado seu nome comercial, seja firma ou denominação, bem como seu nome fantasia e especificar as empresas a ele vinculadas, com conseqüente referência à natureza jurídica desses vínculos societários. Tais informações são necessárias na medida em que o franqueado poderá analisar o grau de envolvimento da pessoa física que compõe a sociedade franqueadora e a sua responsabilidade por eventuais débitos sociais.⁴⁰

Quanto aos informes contábeis, dispõe o inciso II do art. 3º da Lei 8.955/1994, que a circular de oferta de franquia deverá informar claramente os balanços e demonstrações contábeis da sociedade franqueadora relativamente aos dois últimos exercícios sociais. Desse modo, o franqueado poderá melhor avaliar o desenvolvimento econômico do negócio a ser operado.

Em relação aos informes financeiros, a Lei 8.955/1994 prevê, nos incisos VII e VIII, que a circular de oferta de franquia detalhe o total do investimento a ser custeado pelo franqueado, concernente ao pagamento inicial para a aquisição, implantação e entrada em operação, *royalty*, taxa de filiação e custos com equipamentos e instalações.

Já os informes judiciais dizem respeito à obrigação do franqueador de indicar na Circular de Oferta de Franquia as ações e pendências judiciais a que esteja diretamente envolvido, ou que envolvam as sociedades ao franqueador atreladas. Tais

³⁸ CRETELLA NETO, J. *Manual Jurídico do Franchising*, p. 116.

³⁹ SIMÃO FILHO, A. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*, p. 98.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 99.

esclarecimentos mostram-se necessários na medida em que podem comprometer o funcionamento da franquia a se operar.

Por fim, os informes negociais dizem respeito à obrigação do franqueador de detalhar na Circular de Oferta de Franquia as informações gerais sobre o pacote de franchising que será disponibilizado. Dentre as informações, deverá constar o perfil ideal do franqueado, as atividades a serem desenvolvidas, a delimitação do território, mencionando também a possibilidade de estipulação de cláusula de exclusividade.

A Circular deverá também trazer informações claras quanto ao fornecimento dos bens a serem comercializados pelo franqueado e, eventualmente, também a obrigação de adquiri-los junto ao franqueador.

Diga-se ainda que a Circular deverá mencionar, igualmente, se a operação de franquia inclui serviços de supervisão e orientação da rede, de treinamento de funcionários, bem como se há a disponibilização de manuais operativos. Por derradeiro, o franqueador deverá relacionar na Circular todos os franqueados, subfranqueados e subfranqueadores⁴¹ da rede, inclusive aqueles que se desligaram a menos de um ano e suas respectivas qualificações.

Além dessas informações previstas legalmente,⁴² poderá a Circular trazer outras, acaso o franqueador julgue conveniente para melhor expor o negócio a ser franqueado. Cumpre mencionar, porém, que os termos constantes na Circular são vinculativos para as partes, sendo que, a eventual veiculação de informações inverídicas ou descumprimento do que ali foi exposto, podem configurar justa causa para o rompimento do contrato com conseqüente condenação em perdas e danos, ao teor do que dispõe o art. 7º combinado com o parágrafo único do art. 4º, ambos da Lei 8.955/1994.⁴³

⁴¹ Os termos “subfranqueador” e “subfranqueado” serão definidos oportunamente no item 2.3 deste estudo.

⁴² Estabelecidas no art. 3º da Lei 8.955/1994.

⁴³ Dispõe o parágrafo único do art. 4º que a omissão do franqueador em fornecer a Circular de Oferta de Franquia no prazo de dez dias anteriores a assinatura do contrato sujeita-o à obrigação de devolver ao franqueado todas as quantias por ele despendidas mais perdas e danos. Essa mesma sanção lhe é aplicável na hipótese de veiculação de informações falsas na Circular de Oferta de Franquia, nos termos do exposto no art. 7º da Lei 8.955/1994, cujo teor cumpre transcrever: “a sanção prevista no parágrafo único do art. 4º desta lei aplica-se, também, ao franqueador que veicular informações falsas na sua circular de oferta de franquia, sem prejuízo das sanções penais cabíveis”.

Não obstante isso, a Circular pode consistir em poderosa salvaguarda de interesses tanto do franqueador, no sentido de que se eximirá, no futuro, de sofrer acusações de ter ocultado informações vitais a respeito do sistema a se operar, como do franqueado, na medida em que poderá invocar, em não tendo sucesso na operação, omissão de informações importantes por parte do franqueador.⁴⁴

2 ESPÉCIES DE FRANQUIA

O sistema de franquia sofreu sensíveis alterações no decorrer de cem anos de existência, razão pela qual, autores como José Cretella Neto, reputam que o contrato de franquia pode ser classificado em três gerações.⁴⁵

Inicialmente, o contrato de franquia envolvia apenas licença para fabricação de produtos, como no caso da Coca-Cola, e denominava-se *franchising* industrial.

Posteriormente, especificamente após a Segunda Guerra Mundial, a elaboração de uma nova técnica de franquia permitia que os franqueadores não só transferissem aos seus franqueados a licença para a fabricação dos produtos como também as técnicas para comercializá-los, é a chamada *franchising* de serviço.

Porém, foi a partir da década de setenta que o sistema de *franchising* ganhou características peculiares e o *franchising* de serviço evoluiu para uma nova técnica de parceria entre sociedades, passando a denominar *Business Format Franchising*.

A seguir, explicar-se-á cada uma das modalidades acima descritas e outras que se reputam importantes para os fins do presente estudo.

⁴⁴ CRETELLA NETO, J. *Manual Jurídico do Franchising*, p. 117.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 34.

2.1 Franquia de Produção e de Distribuição

Franquia de produção e franquias de distribuição são modalidades de franquias comerciais nas quais os produtos a serem comercializados não são produzidos diretamente pelo próprio franqueado; na primeira modalidade, o franqueador deve fabricar os produtos que deverão ser comercializados pela rede, ao passo que na segunda, o franqueador seleciona empresas que deverão fabricar esses produtos.

Na franquias de distribuição, incumbe ao franqueador exercer seu controle de qualidade sobre os produtos fabricados por terceira empresa, e aos franqueados, fazer a distribuição de tais produtos, por meio de seus estabelecimentos comerciais, de acordo com as determinações exaradas pelo franqueador para a uniformização da rede de franquias comerciais.

Ambas as modalidades se aproximam muito do contrato de distribuição, antigamente designado como contrato de concessão mercantil, que é o instituto jurídico por meio do qual o “fabricante vende o produto ao distribuidor para posterior revenda aos consumidores”.⁴⁶ A diferença, porém, reside no fato de que, em qualquer das modalidades de franquias comerciais, o franqueado se obriga a agir no comércio de acordo com os moldes de formatação definidos pelo franqueador com fins de preservar a homogeneidade da rede, ao passo que o distribuidor atuará sob suas próprias insígnias ou marca, inexistindo o compromisso com a homogeneidade.

Não obstante, mencione-se também que tanto a franquias de distribuição como a franquias de produção são modalidades menos complexas de franquias comerciais, na medida em que não envolvem a transferência de know-how.

⁴⁶ DINIZ, M. H. *Curso de direito civil brasileiro*, vol. 3, p. 424.

2.2 Franquia Industrial e Franquia de Serviço

Franquia industrial é a espécie de franquia comercial na qual o franqueador ministra ao franqueado todo o arcabouço necessário, como tecnologia, *know-how* e métodos, para que este industrialize o produto a ser comercializado. Em contrapartida, o franqueado se obriga a fabricar os produtos de acordo com a formatação estabelecida pelo franqueador e as avenças do contrato. Exemplo típico é o que ocorre com a rede de franquia “Coca-Cola”.

Já a franquia de serviços, como o próprio nome sugere, é a espécie na qual o franqueador oferta aos franqueados “uma forma original, pessoal e diferente de prestação de serviços”, possibilitando que estes ofereçam “ao consumidor final os mesmos serviços devidamente formatados” e com a mesma qualidade e padrão que “o tornaram famoso aos olhos do consumidor”.⁴⁷

Na franquia de serviços, acabam integrando a formatação do sistema os projetos, *design* e decoração para a montagem do estabelecimento, bem como formas de prestação de serviços, vestimentas dos funcionários e *know-how* de tal sorte que pouca ou nenhuma diferença exista na prestação de serviço pelas unidades franqueadas.

De um modo geral, qualquer espécie de prestação de serviço pode ser objeto do contrato de franquia de serviço, os quais ficam dependentes da oportunidade do mercado e da vontade dos contraentes, tanto que já existem franquias comerciais para prestação de serviços jurídicos, médicos e contábeis, além das já consagrados na área hoteleira e de alimentos, como as redes de hotéis Holiday Inn e Mac Donald's. Contudo, dependendo do setor de prestação de serviço e da demanda de responsabilidade, o franqueador deverá se acautelar na escolha do franqueado e acompanhar com regularidade o desempenho de suas atividades, de modo que consumidores não sejam lesados.⁴⁸

⁴⁷ SIMÃO FILHO, A. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*, p. 45.

⁴⁸ *Id.*

2.3 Master-franquia

Por intermédio do contrato de master-franquia, o franqueador cede ao subfranqueador, ou master-franqueado,⁴⁹ o direito de operar diretamente o sistema de franquia adquirido ou através de terceiro, denominados subfranqueados; nesta última hipótese, porém, deverá o subfranqueador, como se próprio franqueador fosse, celebrar diversos contratos de franquia, com a mesma formatação anteriormente adquirida junto ao franqueador.

A finalidade desta espécie contratual consiste no desenvolvimento, pelo master-franqueado, de uma rede de unidades em determinado território. Estas unidades podem pertencer ao próprio subfranqueador, ou serem operadas por subfranqueados, por intermédio de contratos de subfranquia celebrados com o master-franqueado.

Por meio dessa modalidade de contrato, permite-se que empresas franqueadoras ingressem em novos mercados a custos reduzidos, representando, por conta disso, vantagens para ambos os contraentes: o master-franqueador divulgará o nome e a formatação do seu negócio em mercados internos e estrangeiros, sem depender de recursos próprios; e o master-franqueado, terá direito de explorar a rede, com exclusividade, dentro do território, em cujo mercado já é experiente, operando ele próprio os pontos de venda ou através de terceiros, com a celebração de contratos de subfranquia.

Quando houver contratos de subfranquia, o master-franqueado atuará em seu território como um verdadeiro franqueador, inexistindo relações diretas entre os subfranqueados locais e o franqueador original, e sim uma relação jurídica tripartite, com a celebração de um contrato de master-franquia com o subfranqueador, e diversos contratos de subfranquia firmados entre este e os subfranqueados locais.

Em suma, essa modalidade de contratação acaba sendo bastante eficiente e, além de servir aos ditames de uma globalização mais intensa, visa atender situações como: a do franqueador não poder operar por seu próprio nome em outro Estado, em

⁴⁹ Subfranqueador é o nome dado à quem adquire o direito legal de expandir os negócios de uma marca em um determinado território, podendo celebrar contratos de franquia como se fosse o próprio franqueador.

virtude de leis nacionais que impeçam ou obstaculizem que empresas estrangeiras exerçam determinadas atividades; a de falta de recursos financeiros ou disponibilidade de pessoal para franquear diretamente; a distância territorial entre o país cujo mercado pretende desenvolver e o país do franqueador; a diversificação de culturas e línguas; e, por fim, menciona-se a existência de sistemas jurídicos e práticas comerciais diferentes.⁵⁰

Cumpre, por derradeiro, mencionar as vantagens que circundam essa espécie de contratação e justificam a sua utilização: o franqueador tem apenas uma entidade com que negociar no território onde pretende desenvolver o mercado; o master-franqueado arcará com a maior partes dos custos de expansão; caberá ao master-franqueado a responsabilidade pelo treinamento da mão-de-obra dos subfranqueados locais; o master-franqueado já detém, idealmente, amplo conhecimento do mercado local, da legislação, dos usos e costumes, do idioma, da religião e da burocracia do seu país.⁵¹

2.4 Desenvolvimento da Área de Franquia

Por intermédio do contrato de desenvolvimento da área de franquias, o franqueador contrata o franqueado para que este, por si só, nunca por terceiro, desenvolve os pontos de vendas a serem franqueados em determinadas áreas do Estado ou do país.

Embora seja modalidade semelhante à master-franquia, esta difere pelo fato de que no desenvolvimento da área de franquias, o franqueado deve instalar e explorar todas as franquias da área que lhe corresponde, vinculando-se a desenvolver os empreendimentos nesses locais, ao passo que, na master-franquia, pode o master-franqueador franquear o sistema a terceiros.⁵²

⁵⁰ CRETELLA NETO, J. *Manual Jurídico do Franchising*, p. 151.

⁵¹ *Ibid.*, p. 92.

⁵² SIMÃO FILHO, A. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*, p. 50.

Note-se que para os franqueadores interessados em expandir o negócio a custos mais reduzidos, o contrato de master-franquia mostra-se como a melhor opção, porquanto a ampliação da rede dar-se-á por intermédio da intervenção financeira também de terceiros, e não apenas do subfranqueador, que integrarão a relação contratual na figura de subfranqueados.

2.5 Business Format Franchising

O “business format franchising”, ou franquia de negócio formatado, é a forma mais completa de franquia empresarial.

Nos primórdios do sistema, quando imperava a denominada franquia tradicional, ou franchising de marca e produto, o contrato de franquia envolvia apenas a permissão para utilização de determinada marca e para a revenda de produtos.

Contudo, com o desenvolvimento do “*business format franchising*”, o contrato de franquia passou a envolver também a transferência das técnicas e métodos de comercialização de produtos e serviços desenvolvidos pelo franqueador, obrigando-se o franqueado a devidamente utilizá-los de acordo com as normas e instruções expedidas por ele.⁵³

Nesta modalidade, não há apenas a cessão do uso da marca registrada e correspondente pagamento, inicial e/ou mensal, por parte do franqueado, mas há também a elaboração de um plano de marketing, desenvolvido pelo franqueador, que fica responsável pela assistência técnica ao franqueado, com conseqüente transferência do know-how e técnicas de venda.⁵⁴

Em resumo, há muito mais do que o mero direito de comercializar os produtos e o franqueador se obriga a ceder ao franqueado as técnicas comerciais, industriais ou

⁵³ CHERTO, M. *Franchising: revolução no marketing*, p. 06.

⁵⁴ LOBO, J. *Contrato de franchising*, p. 28.

métodos dos serviços; a marca e o logotipo; seu know-how e acessoria técnica e treinamento contínuo.⁵⁵

3 OBRIGAÇÕES DOS CONTRATANTES

A Lei nº 8.955/1994, embora seja bastante lacunosa, enumera as obrigações das partes contratantes relativas, em grande parte, ao momento pré-contratual, as quais podem envolver conteúdo positivo ou negativo, conforme determinem ou a prática ou a abstenção de algum ato, respectivamente.⁵⁶

Extrai-se dessa Lei, primeiramente, que o franqueador está obrigado a ceder o uso da marca ou da patente dos produtos que serão distribuídos, de forma exclusiva ou não, para franqueado.⁵⁷ Esta obrigação compreende o cume da distinção entre o contrato de franquia e o contrato de distribuição. Observa-se, porém, que a mera cessão do direito de uso da marca ou patente, por si só, não é suficiente para definir o sistema de franquia, o qual deverá envolver, certamente, também outras obrigações, dispostas ou não nessa Lei, que em conjunto definirá o instituto e dará a exata compreensão da modalidade de franquia que se opera.

Os sistemas de franquia bem desenvolvidos não só possuem entre as obrigações do franqueador a de ceder o uso da marca ou da patente, como também de prestar assistência técnica constante e permanente e de transferir ao franqueado o know-how e tecnologia para que a exploração da franquia seja feita de forma plena.⁵⁸ Embora não decorram da lei, são obrigações decisivas para o sucesso da operação.⁵⁹

O franqueador precisa também, obrigatoriamente, fornecer ao interessado a tomar-se um franqueado, no prazo máximo de dez dias contados da data da assinatura

⁵⁵ LOBO, J. *Contrato de franchising*, p. 28.

⁵⁶ CRETELLA NETO, J. *Manual Jurídico do Franchising*, p. 133.

⁵⁷ SIMAO FILHO, A. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*, p. 93.

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ CRETELLA NETO, J. *Op. cit.*, p. 63.

do contrato ou pré-contrato ou do pagamento de alguma importância por parte do franqueado, uma Circular contendo todas as informações relevantes sobre a atividade que se pretende implementar, sendo-lhe defeso nela veicular informação falsa.

Esse prazo, embora definido em lei, se descumprido nem sempre acarretará a anulabilidade do contrato de franquia, isto porque a lei faculta ao franqueado argüir o vício e requerer a devolução dos valores porventura pagos.⁶⁰ Também o franqueador está obrigado a fornecer inúmeras outras informações ao franqueado por intermédio da circular, conforme estudo desenvolvido no item 1.5 desse trabalho.

Quanto às obrigações concernentes ao franqueado, a Lei 8.955/1994 menciona apenas a de remunerar o franqueador, direta ou indiretamente, pelos direitos adquiridos em virtude do contrato de franchising.

Remuneração indireta corresponde àquela em que o franqueado não se obriga a efetuar pagamentos iniciais ou mensais ao franqueador, mas se obriga a adquirir junto a este, todos os produtos e serviços necessários para a operação da franquia. Aqui, o ganho do franqueador decorre da venda desses produtos a preços mais elevados do que o seu custo; ou seja, o franqueador incute no preço dos produtos ou serviços prestados ao franqueado os valores relativos ao retorno dos seus gastos com o desenvolvimento do sistema de franquia.⁶¹

Ao especificar as obrigações do franqueado, Jorge Lobo complementa as disposições legais e defende que este se obriga, em virtude do contrato, a todos os termos nele estabelecidos; assim, o franqueado deve respeitar os métodos comerciais e know-how transmitidos e a cláusulas de não concorrência por um determinado período depois de extinto o contrato.⁶²

Incumbe também ao franqueado instalar os móveis, máquinas e equipamentos no lugar em que deverá ser desenvolvida a franquia; contratar e qualificar, quando

⁶⁰ Nulidade e a anulabilidade são modalidades de invalidade do negócio jurídico. A nulidade, conforme estudo desenvolvido no item 4.1 é invocável a todo o tempo por qualquer interessado, inclusive, o Ministério Público, e pode ser declarada oficiosamente pelo Magistrado. Já a anulabilidade, por envolver vícios menos graves, pode ser argüida por pessoas em cujo interesse a lei estabelece, e, se não argüida dentro de um determinado prazo, a declaração negocial subsiste como válida.

⁶¹ SIMÃO FILHO, A. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*, p. 94.

⁶² LOBO, J. *Contrato de franchising*, p. 33.

necessário, os funcionários da empresa fraqueada; adquirir do franqueador, ou terceiro indicado por ele, os ingredientes e materiais que constituam parte ou o todo dos produtos a serem fabricados ou comercializados no estabelecimento franqueado, mantendo-se um estoque mínimo de produtos; e conservar a boa aparência e a higiene do local onde se opera a franquia.⁶³

Por fim, menciona Nelson Abrão que o franqueado fica obrigado a também não comprometer o crédito do franqueador, nem a atrelá-lo a qualquer obrigação, reclamação ou demanda oriunda da exploração do estabelecimento; obrigando-se também, ao término do contrato, a suspender o uso das marcas, rótulos e símbolos concernentes ao franqueador, não mais podendo ser celebrada vendas em nome da marca fraqueada.⁶⁴

As considerações acima demonstram que a Lei 8.955/1994 não pretendeu regular o contrato de franquia em si, denotando a intenção do legislador de deixar ao arbítrio das próprias partes a estipulação das obrigações contratuais, em que pese os problemas que a omissão legal pode acarretar, conforme se demonstrará ao longo do presente estudo.

4 POSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO DO CONTRATO DE FRANQUIA

Segundo Orlando Gomes, extinção⁶⁵ é o termo utilizado para designar os casos em que o contrato deixa de existir, podendo ser normal, nos casos em que houver a execução do contrato, com conseqüente extinção dos direitos e obrigações nele previstos, ou não; nessa última hipótese, também denominada de extinção anômala, o

⁶³ LOBO, J. *Contrato de franchising*, p. 34.

⁶⁴ ABRÃO, Nelson. *Da Franquia Comercial (franchising)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 18.

⁶⁵ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho equivale os termos "extinção", "dissolução" e "desfazimento" do contrato. (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, vol. IV: *contratos*. tomo 1, 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 224)

contrato é extinto antes do advento do seu fim, ou seja, antes do cumprimento das obrigações nele previstas.⁶⁶

A extinção anômala obedece há várias causas, capazes de influir na forma e nos efeitos do contrato. Essas causas podem ser anteriores, contemporâneas ou supervenientes à sua formação. Quando anteriores ou contemporâneas, segundo Orlando Gomes, geram a nulidade ou anulabilidade do contrato; já quando posteriores, pode a extinção do contrato se operar de três maneiras: por resolução, por resilição unilateral (denúncia) e bilateral (distrato) e por rescisão, as quais serão objeto de estudo no tópico abaixo.⁶⁷

4.1 Contratos por prazo determinado ou indeterminado

A lei 8.955/1994 não disciplinou as formas de extinção do contrato de franquia, limitando-se a mencionar algumas causas de anulabilidade, dificultando, com isso, a atividade da doutrina e, precisamente, da jurisprudência. Em que pese a omissão legal, breve estudo das possibilidades de extinção do contrato de franquia será aqui feito, considerando a disciplina geral estabelecida pelo Código Civil e a aposição de termo final ou não.⁶⁸

Os contratos em geral podem ser celebrados por prazo indeterminado ou determinado. Contrato por prazo indeterminado é aquele em que as partes não estipulam sua duração, podendo a qualquer tempo ser extinto pela vontade dos

⁶⁶ GOMES, O. *Contratos*, p. 170.

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ Humberto Theodoro Junior e Adriana Mandim Theodoro de Mello defendem a aplicação das regras e princípios gerais do direito contratual na disciplina da extinção do contrato de franquia, diante da omissão da Lei 8.955/1994: "A mesma lição se aplica ao contrato de franquia, cuja lei regulamentadora não se preocupou em reger de forma especial a extinção do contratual, denotando a vontade do legislador de submetê-lo às regras e princípios gerais do direito contratual" (THEODORO JUNIO, Humberto; MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. *Apostamentos sobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e de concessão comercial*. Revista de Direito Mercantil, p. 19).

contratantes, com a presunção de que não desejaram se obrigar perpetuamente. Nesse sentido, leciona Pontes de Miranda e Darcy Bessone:

Nas relações jurídicas duradouras, é preciso que possa ter ponto final o que se concebeu em reticência. Porque relação jurídica duradoura a que não se pudesse pôr termo seria contrária às necessidades da livre atividade dos homens. Não bastaria subordiná-la a eventual resolução por inadimplemento ou ao distrato. Daí a figura da denúncia, com que se des-nuncia, pois resulta de se haver atribuído a algum dos figurantes o direito formativo extintivo, que é o de denunciar.⁶⁹

(...) nos contratos por prazo indeterminado, e de execução continuada, qualquer dos contratantes pode unilateralmente desvincular-se, dissolvendo-os. A indeterminação do tempo de duração do contrato ocasionaria a permanência infinita do vínculo, se não fosse facultado a qualquer das partes, através do *ius poenitendi*, desligar-se, quando lhe aprouvesse. Assiste, assim, a cada um dos contratantes o direito potestativo de desvincular-se.⁷⁰

Já contrato por tempo determinado, em contrapartida, é aquele cuja duração subordina-se a acontecimento futuro, certo ou não; ou seja, sobrevindo o acontecimento nele previsto, termo ou condição, o contrato extingue-se, salvo se houver sua prorrogação.⁷¹

O mecanismo próprio de dissolução dos contratos de prazo indeterminado é a resilição unilateral, operada mediante denúncia, por meio da qual uma das partes notifica à outra sua intenção de romper o vínculo, concedendo, para tanto, aviso prévio em tempo razoável, a fim de que eventuais prejuízos possam ser amortizados.⁷² Esse

⁶⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, tomo XXV, 3ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 294.

⁷⁰ ANDRADE, D. B. de O. *Do contrato*, p. 317.

⁷¹ Os contratos por prazo determinado podem ser prorrogados pela vontade das partes ou por determinação legal, desde que a sua duração não esteja condicionada ao exaurimento das prestações objeto das obrigações nele previstas ou tenha cláusula vedando a recondução. A prorrogação voluntária se opera por meio de manifestação expressa ou tácita das partes; haverá a prorrogação do contrato por manifestação expressa quando as partes tiverem assim acordado no próprio contrato ou quando celebrarem termo aditivo para esse fim; será entendida como prorrogação tácita quando as partes continuarem a exercer seus direitos e a cumprir suas obrigações contratuais mesmo depois do advento do termo.

⁷² Carlos Roberto Gonçalves ressalva que a resilição unilateral é suscetível de ser exercida em apenas alguns contratos, como o de prazo indeterminado e o de execução continuada, "pois a regra é a impossibilidade de um contratante romper o vínculo contratual por sua exclusiva vontade" (GONÇALVES,

poder de resilir, entretanto, não é lícito de ser exercido nos contratos de prazo determinado, pois o termo previsto na avença tem por escopo a própria preservação dos seus efeitos.⁷³

Nesse sentido, leciona Paulo Eduardo Lilla:

*Quanto aos contratos por tempo determinado, seria impossível admitir sua resilição unilateral por meio da denúncia. A denúncia, nesse caso, seria sempre abusiva, seria verdadeira rescisão contratual, podendo a parte prejudicada requerer a resolução do contrato cumulada com perdas e danos*⁷⁴

No entanto, seja nos contratos celebrados por prazo determinado ou não, apresenta-se perfeitamente possível sua extinção mediante resilição bilateral, resolução, rescisão, nulidade e anulabilidade.⁷⁵ A Resilição bilateral ocorre quando as partes declaram conjuntamente, por meio do distrato, a vontade de findar o contrato.⁷⁶

A resolução, por sua vez, é a modalidade de extinção típica dos contratos bilaterais, suscetível de ser exercida em caso de inexecução contratual por um dos contratantes, compreendendo esta as hipóteses de inadimplemento em sentido estrito, mora e cumprimento defeituoso.⁷⁷ Essa faculdade de resolver o contrato atribuída aos

Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: vol. III: contratos e atos unilaterais*. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 180.)

⁷³ Orlando Gomes admite a denúncia dos contratos celebrados por prazo determinado, ressalvando, entretanto, o direito do denunciado à indenização por perdas e danos quando imotivada (*Contratos*, p. 188).

⁷⁴ LILLA, Paulo Eduardo. *O abuso de direito na denúncia dos contratos de distribuição: o entendimento dos tribunais brasileiros e as disposições do novo Código Civil*. v. 127, p. 240.

⁷⁵ A doutrina ainda não é unânime em diferenciar e definir os termos rescisão, resolução e resilição que são, muitas vezes, tratados como sinônimos. O próprio Código Civil confunde os termos, conforme se vislumbra na redação dos dispositivos 455, 607, 609, 810 e 1.642, inciso IV.

⁷⁶ A regra pertinente à formalidade do distrato, segundo a qual este deve ser feito pela mesma forma exigida no contrato, estabelecida no art. 472 do Código Civil, somente se justifica para os contrato que têm a forma prescrita em lei.

⁷⁷ Segundo Orlando Gomes, a resolução do contrato por inadimplemento é própria dos contratos sinalagmáticos e só se justifica quando o não cumprimento da avença tenha importância considerável diante do acordo. (*Contratos*, p. 173).

contratantes pode ser expressa, resultante da sua estipulação, ou tácita, pela incidência do art. 475 do Código Civil.⁷⁸

Portanto, quando uma das partes não cumpre o avençado ou cumpre de forma defeituosa ou diversa daquela pela qual se obrigou, pode o credor da obrigação, independente de previsão contratual nesse sentido, exigir sua execução, compelindo o devedor a adimpli-la ou requerer a resolução do contrato, sem prejuízo de eventual indenização por perdas e danos.⁷⁹

O ordenamento jurídico brasileiro prevê ainda, no art. 478 do Código Civil,⁸⁰ a possibilidade de resolução do contrato por onerosidade excessiva. Nessa hipótese, se o contratante, involuntariamente, ficar com extrema dificuldade para cumprir o acordo por conta de acontecimento extraordinário e imprevisível que altere substancialmente as condições econômicas do contrato, poderá resolvê-lo judicialmente, sem que isso implique condenação por perdas e danos.⁸¹

Já a rescisão, cujo conceito envolve muitas discussões doutrinárias,⁸² apresenta duas acepções jurídicas: a primeira, e comumente utilizada na prática, no sentido genérico de extinção do contrato; a segunda, já se aproximando do sentido gramatical

⁷⁸ Dispõe o art. 475 que “a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

⁷⁹ Nos termos do art. 474 do Código Civil, quando a cláusula resolutiva for expressa, opera-se de pleno direito, quando tácita, porém, prescinde de interpelação judicial, por meio da qual deverá ser declarada a resolução do contrato.

⁸⁰ Dispõe o art. 478 que “nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”.

⁸¹ Para Orlando Gomes, haverá onerosidade excessiva quando uma prestação de obrigação contratual se tornar claramente mais gravosa no momento da execução do que era no momento em que surgiu; além disso, é ainda preciso que essa alteração tenha decorrido de acontecimento extraordinário e imprevisível, não podendo ter o devedor concorrido para a diferença. (*contratos*, p. 180).

⁸² Boa parte da doutrina civilista brasileira identifica o termo rescisão como a forma de ruptura do contrato em que houve lesão, ou seja, “quando uma das partes se obriga a prestações manifestamente desproporcionais em relação às assumidas pela contraparte, em virtude de sua inexperiência ou por estar sob premente necessidade.” (*Contratos*, p. 188).

do termo,⁸³ como a ruptura do contrato em face de uma nulidade. Nesta segunda acepção, rescisão seria uma causa anterior ou contemporânea à formação do contrato.⁸⁴

Essas modalidades de extinção contratual também se aplicam aos contratos de franquia, conforme leciona Adalberto Simão Filho, podendo ser resolvidos, resilidos e rescindidos “de forma antecipada, por causas inerentes à inexecução, descumprimento de cláusulas, vontade das partes ou eventual lesão,⁸⁵ ocasionando seu término”.⁸⁶

O contrato de franquia, assim como os contratos em geral, pode ainda ser extinto por causas anteriores à sua formação, ensejando sua nulidade ou anulabilidade. Os vícios que causam a nulidade do contrato, por infringirem normas de ordem pública, são insanáveis, argüíveis a qualquer tempo e por qualquer interessado, nos termos do art. 168 do Código Civil⁸⁷ e importam a rescisão⁸⁸ do contrato. Já os vícios que geram a anulabilidade do contrato, por decorrerem da imperfeição da vontade, são passíveis de supressão, e a extinção do contrato somente ocorrerá mediante tempestivo pronunciamento judicial⁸⁹ que o declare.⁹⁰

⁸³ Do ponto de vista gramatical, segundo Pablo Stolze Gangliano e Rodolfo Pamplona Filho, rescisão é “ação de rescindir, anulação de (contrato)” ou “ato através do qual um contrato deixa de surtir efeitos devido a um vício nele contido” (*Novo curso de direito civil, vol. IV: contratos*, p. 248).

⁸⁴ *Ibid.*, p. 251.

⁸⁵ Adalberto Simão Filho, seguindo os ensinamentos da doutrina civilista tradicional, trata a lesão como hipótese de rescisão do contrato de franquia. No entanto, entende-se que a lesão constitui hipótese de vício de vontade passível de causar a anulabilidade do contrato e não sua rescisão. (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil comentado: negocio jurídico. Atos jurídicos lícitos. Atos ilícitos: artigos 104 a 188, volume II*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 234.)

⁸⁶ SIMÃO FILHO, A. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*, p. 78.

⁸⁷ Dispõe o artigo 168 do Código Civil que “as nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir”.

⁸⁸ Segundo a doutrina de Pablo Stolze Gangliano e Rodolfo Pamplona Filho já mencionada neste tópico.

⁸⁹ A ação para anulação do negócio jurídico, em virtude dos vícios previstos no artigo 171 do Código Civil, deve ser proposta no prazo decadencial de 4 (quatro), nos termos do art. 178 do Código Civil. Quando a causa de anulabilidade do contrato, entretanto, não forem tais vícios e inexistir lei prevendo prazo diverso, este será de 2 (dois) anos, nos termos do artigo 179 do referido Código.

⁹⁰ GONÇALVES, C. R. *Direito Civil brasileiro: vol. III: contratos e atos unilaterais*, p. 156.

Será nulo o contrato, nos termos dos artigos 166 e 167 do Código Civil, em que haja incapacidade absoluta de um ou ambos os contratantes; quando tiver objeto ilícito, impossível ou indeterminado; quando o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; quando não observar a forma imposta pela lei ou for preterida solenidade legal; quando objective fraudar a lei; quando a lei declarar sua nulidade ou proibir a sua celebração; e, por fim, quando houver simulação.⁹¹

Será anulável o contrato quando uma das partes ou ambas for relativamente incapaz e quando houver vício decorrente de erro substancial,⁹² dolo,⁹³ coação,⁹⁴ estado de perigo,⁹⁵ lesão⁹⁶ ou fraude contra credores⁹⁷, nos termos do art. 171 do

⁹¹ Simulação, segundo Marcos Bernardes de Mello, é resultado que se obtém por meio de fingimento e se caracteriza pela declaração de vontade não-verdadeira que se profere intencionalmente. (MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da validade, 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 128). O artigo 167 do Código Civil estabelece três hipóteses de simulação. A primeira, prevista no inciso I, ocorre quando a declaração das partes aparentemente exprime um ato jurídico, não sendo, entretanto, intenção destas praticar ato algum; a segunda hipótese vem expressa no inciso II e se configura quando, por meio de declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira, pretende-se encobrir a natureza do negócio celebrado; por fim, a terceira e última hipótese, ocorre quando se coloca no instrumento particular data anterior ou posterior à sua realização.

⁹² Erro substancial “é a idéia falsa da realidade, capaz de conduzir o declarante a manifestar sua vontade de maneira diversa da que manifestaria se porventura melhor a conhecesse”. Para que o erro enquadre-se entre as hipóteses de vício de vontade capaz de ensejar a anulação do contrato não basta que seja substancial, é preciso que seja também escusável, isto é, que tenha por fundamento uma razão plausível, excluindo-se dessa hipótese o erro decorrente da negligência do agente. (RODRIGUES, Silvio. Direito civil: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 187).

⁹³ Para Marcos Bernades de Mello, o dolo que vicia o negócio jurídico é o invalidante, assim entendido como a “ação ou omissão humana intencionais de um dos figurantes, ou de terceiro, neste caso com o conhecimento de um deles, com a finalidade de induzir, fortalecer ou manter o outro figurante em falsa representação da realidade, visando em benefício, próprio ou de terceiro a que pratique ato jurídico que realizaria se não conhecesse a verdade”. (MELLO, M. B. *op. cit.*, p. 168). Note-se que erro e dolo são vícios de vontade muito semelhantes, com a diferença que, no erro, o contratante se engana sozinho, independentemente da atuação alheia, ao passo que no dolo, há uma pessoa induzindo o contratante em equívoco. (AZEVEDO, Á. V. Código Civil comentado: negocio jurídico. Atos jurídicos lícitos. Atos ilícitos: artigos 104 a 188, volume II, p. 206). Cumpre lembrar, por oportuno, que o dolo de ambas as partes não enseja a anulação do contrato, nos termos do artigo 150 do Código Civil.

⁹⁴ Coação é toda pressão, física ou psicológica, exercida sobre alguém a fim de determiná-lo a concordar com um ato. Como causa de anulabilidade importa apenas a pressão psicológica (*vis compulsiva*), pois na pressão física (ou *vis absoluta*) inexistente manifestação de vontade, ainda que viciada, da vítima. Para se configurar a coação é preciso que a violência seja a causa do consentimento e seja grave e injusta, e que o dano, iminente, possa ocasionar grave prejuízo à vítima ou à sua família. (RODRIGUES, S., *op. cit.*, p. 201)

⁹⁵ Segundo o artigo 156 do Código Civil, o estado de perigo configura-se “quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa”. Para muitos doutrinadores o estado de perigo se enquadraria dentro da coação, porém, em que pese a semelhança dos institutos, no estado de perigo, a pessoa não é

Código Civil. Entre as causas de anulabilidade, entretanto, a lei 8.955/1994 comina mais duas: quando o franqueador veicular informações falsas na Circular de Oferta de Franquia ou quando esta não for entregue ao franqueado no prazo de dez dias anteriores à assinatura do contrato ou do pagamento de qualquer taxa.

Por fim, tendo em vista que os contratos de franquia são classificados entre os pessoais, em que as características das partes são fundamentais para a sua celebração, a extinção ou alteração do quadro de sócios da empresa franqueada, em regra, conduz à extinção do contrato, salvo se houver previsão contratual em sentido contrário.

4.2 Existência de justa causa ou não

A existência de justa causa autoriza a extinção prematura dos contratos de franquia, implicando, eventualmente, a condenação da parte culpada ao pagamento das perdas e danos decorrentes da dissolução, nos termos do art. 402 do Código Civil.⁹⁶

A Lei 8.955/1994 não tratou de especificar os motivos que justificam a extinção prematura do contrato, em manifesta intenção de arbitrar essa tarefa aos contratantes, de acordo com os objetivos perseguidos no contrato. É possível, no entanto, diante da omissão da referida Lei, aplicar por analogia as hipóteses de justa causa estabelecidas

coagida por ninguém a praticar algum ato, mas o faz diante de alguma situação, alheia às partes, de que pretende salvar-se ou a pessoa da família.

⁹⁶ Remete-se ao conceito de lesão exposto anteriormente.

⁹⁷ Para Marcos Bernardes de Melo, “constitui fraude contra credores todo o ato de disposição e oneração de bens, créditos e direitos, a título gratuito ou oneroso, praticado por devedor insolvente, ou por ele tomado insolvente, que acarrete redução de seu patrimônio, em prejuízo de credor preexistente” (*Teoria do fato jurídico: plano da validade*, p. 205).

⁹⁸ Dispõe o art. 402 do Código Civil que “salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

na lei nº 4.886/1965, que regulamenta a atividade dos representantes comerciais.⁹⁹ Nesse sentido, leciona Leonardo Sperb de Paola, para quem a aplicação analógica do referido diploma mostra-se perfeitamente possível:

Fica assente, pois, a possibilidade de aplicação analógica de soluções previstas pelo legislador para os contratos de representação comercial, e principalmente, para os contratos de concessão comercial de venda de veículos automotores aos demais contratos de distribuição. Essa analogia será útil especialmente no que diz respeito aos condicionantes para a denúncia (aviso prévio e justa causa) e à imposição de indenização em favor do distribuidor, quando a denúncia for desprovida de causa¹⁰⁰

Assim, de acordo com o disposto no art. 35 e 36 da referida lei, constituem justa causa para a resolução prematura do contrato a desídia, ou falta de cumprimento, por parte do franqueado – e também do franqueador – das obrigações contratuais; a prática de condutas que configurem descrédito comercial do franqueador; a condenação definitiva por crime considerado infamante por qualquer das partes; quebra da eventual exclusividade prevista no contrato; imposição de conduta abusiva, conforme se verá no tópico 5.3 do presente estudo; o não pagamento das taxas inerentes ao contrato no período acordado; e, por fim, força maior.

Cumprе mencionar, por oportuno, a ressalva feita por Adalberto Simão Filho quanto ao rompimento do contrato por força maior. Para ele, somente as razões que realmente inviabilizem a execução do contrato poderão ser consideradas entre as hipóteses de força maior a justificar a dissolução antecipada do vínculo, exemplificando que, a impossibilidade, em virtude de greve, de remessa de mercadorias aos

⁹⁹ Humberto Theodoro Junior e Adriana Mandim Theodoro de Mello refutam a possibilidade de aplicação analógica da Lei da representação comercial aos contratos de franquia; para eles, o fundamento da analogia é o ideal de igualdade, sendo possível recorrer à este instituto jurídico somente "quando há coincidência entre os elementos essenciais na situação regulada pela lei e naquela não contemplada pelo texto legal". Partindo desse pressuposto, entendem ambos que a dependência econômica e jurídica do representante comercial, ao agenciar negócios em nome e por conta da empresa representada, impede a identidade essencial com o contrato de franquia, em que o franqueado, dotado de autonomia, não intermedia negócios, mas "contrata, por sua conta e risco, com o consumidor, a venda de bens ou a prestação de serviços", de que é proprietário. (THEODORO JUNIO, Humberto; MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. *Apontamentos sobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e de concessão comercial*, p. 31-32).

¹⁰⁰ DE PAOLA, Leonardo Sperb de. *Sobre a denúncia dos contratos de distribuição, concessão comercial e franquia*. Revista Forense, p. 134.

franqueados no prazo e forma estabelecidos no contrato não podem ser consideradas como motivação da chamada força maior.¹⁰¹

Considera-se também justificada a ruptura do vínculo quando o franqueado ficar impossibilitado de cumprir o avençado em virtude das alterações unilaterais promovidas pelo franqueador aos termos do contrato com o propósito de preservar a marca exposta ao público e/ou a supervisionar a rede, hipótese em que a nenhuma das partes se reserva o direito à indenização.

É comum também os contratantes avençarem entre as hipóteses de justa causa o franqueado entrar em recuperação judicial, devido à sua dificuldade econômico-financeira, ao fundamento de que isto poderia comprometer a marca franqueada e, por consequência, toda a cadeia de distribuição. No entanto, o argumento é refutado pela doutrina¹⁰² e, principalmente, pela jurisprudência que defendem a incompatibilidade da referida avença com o espírito do sistema de franquia, no qual é fundamental a parceria e a reciprocidade entre os contratantes.¹⁰³

Adalberto Simão Filho argumenta que sendo a concordata, hoje substituída pelo regime da recuperação judicial, um favor legal concedido ao comerciante probo e honesto e que preencha os requisitos legais, não seria razoável impedir o acesso do franqueado a esse benefício pela simples resolução automática do contrato, ainda mais

¹⁰¹ SIMÃO FILHO, A. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*, p. 79.

¹⁰² Adalberto Simão Filho sustenta que a concordata do franqueado, hoje substituída pelo instituto da recuperação judicial, não compromete a marca franqueada, tampouco a rede de distribuição, pois o franqueado possui firma ou razão social próprios, normalmente desconhecidos dos consumidores, sobre os quais incidem os efeitos da recuperação judicial, “não maculando as marcas e insígnias da franqueadora” (*ibid*, p. 122).

¹⁰³ Nesse sentido se posicionou o antigo Tribunal de Alçada de São Paulo ao julgar o recurso de Agravo de Instrumento nº 1169928-0, assim ementado: OBRIGAÇÃO DE FAZER - CONTRATO DE FRANQUIA - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - PRETENSÃO A RESILIÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO POR ESTAR A REPRESENTANTE EM REGIME DE CONCORDATA - IMPOSSIBILIDADE NOS TERMOS DO ART. 43 DA LEI 7661/45 - DETERMINAÇÃO DE CONTINUIDADE DO CONTRATO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. (1TACSP, Agravo de Instrumento nº 1169928-0, 1ªC. – Rel. Edgard Jorge Lauand – J. 19/05/2003). Por oportuno, destaque-se do acórdão o seguinte excerto “A eventual dificuldade financeira da agravada que tenha motivado o pedido de concordata, à evidência, não poderia ser motivo para interromper o contrato de franquia porque tal estado, não indica que a franqueada irá proporcionar uma desvalia ao empreendimento”.

se o seu estado de insolvabilidade tiver decorrido do descumprimento contratual pelo franqueador, como por exemplo, no atraso da entrega dos produtos.¹⁰⁴

Inobstante todo o exposto, cumpre mencionar que as hipóteses de justa causa acima exemplificadas, por não decorrem da lei específica aplicável aos contratos de franquia, não são cogentes, tampouco exaustivas, sendo legítimo às partes estatuírem outras, de modo que o contrato seja o mais minucioso possível e garanta maior segurança jurídica aos contratantes.

Nesse sentido, Adalberto Simão Filho¹⁰⁵ sintetiza que toda e qualquer falta das partes aos termos do contrato constitui causa para resolução do instrumento, porém, as que mais atacam contra o sistema de franquia dizem respeito à violação da cláusula de exclusividade e de não-concorrência, descumprimento de cláusula relativa à assistência técnica, inexistência do know-how prometido, ruptura do sigilo, falta de pagamento das prestações e, por fim, a “ocultação de lucros sobre a comercialização dos produtos ou serviços”.¹⁰⁶

Entretanto, a omissão contratual quanto a uma determinada falta não retira do inocente a possibilidade de resolver o contrato por justa causa, se entender que a conduta foi-lhe demais desfavorável, conforme ensina Adalberto Simão Filho:

*Caberá à parte que não deu causa à rescisão do contrato avaliar os efeitos que serão sentidos a partir da falta, ficando ao seu arbítrio terminar definitivamente com as relações entabuladas ou advertir o faltoso para que a falta não mais ocorra.*¹⁰⁷

Nessa última hipótese, incumbe ao inocente demonstrar o efetivo dano suportado com a conduta praticada pelo agente, e ao julgador aferir no caso concreto as consequências lesivas da conduta, ou se desleal ou incompatível com o que se espera de um comerciante probo e honesto, a partir dos princípios de probidade e boa-

¹⁰⁴ SIMÃO FILHO, A. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*, p. 122.

¹⁰⁵ *Ibid*, p.78-79.

¹⁰⁶ Enzo Roppo ressalva, entretanto, que a falta justificadora da ruptura deve ser séria e grave, capaz de objetivamente prejudicar os interesses da contraparte (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 266.)

¹⁰⁷ SIMÃO FILHO, A. *op. cit.*, p. 79.

fé, a autorizar a ruptura do vínculo por justa causa.¹⁰⁸ No entanto, a causa determinante da resolução deve ser razoavelmente séria e grave, além de prejudicial aos interesses da contraparte, não podendo incluir-se em tais hipóteses o descumprimento contratual que não gere relevantes efeitos lesivos.

Cumpre, por oportuno, tecer algumas considerações acerca dos princípios de probidade e boa-fé. Segundo Carlos Roberto Gonçalves o princípio da boa-fé pode ser bipartido em boa-fé subjetiva e objetiva.¹⁰⁹ Para Judith Martins Costa, “a expressão boa-fé subjetiva denota ‘estado de consciência’, ou convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade ao direito (sendo) aplicável”, sendo subjetiva “justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção”.¹¹⁰

Já a boa-fé objetiva significa “modelo de conduta social, arquétipo ou *standart* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade e providade”.¹¹¹ A boa-fé objetiva, portanto, traduz-se “de forma mais perceptível como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e conhecidos”.¹¹²

Segundo aponta Judith Martins-Costa, a boa-fé objetiva cumpre três funções: hermenêutico-integrativa do contrato; a de norma de criação de deveres jurídicos e a de norma de limitação ao exercício dos direitos subjetivos.¹¹³

Pela função hermenêutico-integrativa, prevista no artigo 113 do Código Civil,¹¹⁴ a boa-fé atuaria “no preenchimento de lacunas, uma vez que a relação contratual consta

¹⁰⁸ THEODORO JUNIOR, H. e MELLO, A. M. T. *Apontamentos sobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e de concessão comercial*, p. 36.

¹⁰⁹ Gonçalves C. R. *Direito Civil brasileiro: vol. III: contratos e atos unilaterais*. p. 34.

¹¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 1.ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 411.

¹¹¹ *Id.*

¹¹² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 363.

¹¹³ MARTINS-COSTA, J., *Op. cit.*, p. 427-428.

de eventos e situações, fenomênicos ou jurídicos, nem sempre previstos ou previsíveis pelos contratantes”.¹¹⁵ Em outras palavras, naquilo que o conteúdo do contrato for de difícil compreensão ou se houver omissão, a interpretação e a integração do contrato deve ser feita por intermédio da boa-fé objetiva.

Já pela função de norma de criação de deveres jurídicos, albergada no artigo 422 do Código Civil,¹¹⁶ a boa-fé impõe às partes, além do dever de respeitar as orientações de conduta estabelecidas pelas cláusulas contratuais e pela lei, a observância de outra fonte de deveres de condutas contratuais.¹¹⁷ Ou seja, a boa-fé objetiva por si só cria deveres laterais de conduta que não derivam das cláusulas estabelecidas pelos contratantes e nem da legislação aplicável àquele contrato, mas de deveres autônomos que, ao imporem a adoção de determinados comportamentos, visam auxiliar na realização do fim contratual.¹¹⁸

Por fim, pela função de norma de limitação ao exercício dos direitos subjetivos, estabelecido no artigo 187 do Código Civil,¹¹⁹ a boa-fé, respaldada pela teoria do abuso do direito, impõe a limitação à atuação dos agentes econômicos, que não deve ser abusiva.¹²⁰

O princípio da boa fé também atua no campo dos negócios empresariais. Segundo Márcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Junior, o princípio da boa-fé, associado ao princípio da função social, encontra-se relaciona ao desenvolvimento do

¹¹⁴ Dispõe o artigo 113 que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

¹¹⁵ MARTINS-COSTA, J. *A boa-fé no direito privado*, p. 428.

¹¹⁶ Dispõe o artigo 422 que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

¹¹⁷ Judith Martins-Costa cita como exemplo desses deveres o dever de cuidado, providência e segurança do depositário da coisa; o dever de aviso e esclarecimento; o dever de informação e de prestar contas; dever de colaboração e cooperação; dever de cuidados e proteção com a contraparte; e, por fim, dever de sigilo. (*op. cit.*, p. 439).

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 440.

¹¹⁹ Dispõe o artigo 187 que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

¹²⁰ O tema será melhor desenvolvido no tópico 5.4 desse estudo.

mercado, impondo aos agentes econômicos a adoção de comportamentos comumente aceitos, garantindo a lealdade de competição, diminuindo os riscos e otimizando os resultados.¹²¹

Assim também leciona Paula Forgioni, para quem o princípio da boa-fé nos negócios, aqui tomada no seu aspecto objetivo, vem reforçar as possibilidades de confiança dos agentes econômicos envolvidos na medida em que “permite a objetivação da conduta esperada da outra parte e, conseqüentemente, um melhor cálculo (aumentando o grau de certeza e de previsibilidade presente no mercado)”, protegendo os empresários de práticas lesivas, desleais ou abusivas de outros empresários.¹²²

As funções da boa-fé, portanto, segundo Silvio de Salvo Venosa, não são importas apenas às partes, refletindo o dever de agir de forma correta e eticamente aceita, mas também ao julgador, de interpretar e integrar os contratos submetidos à sua apreciação de acordo com os ditames impostos por esse princípio, com a análise das condições em que o contrato foi firmado, do nível sócio cultural dos contratantes e do momento histórico e econômico.¹²³

Já o princípio da probidade, segundo Carlos Roberto Gonçalves, “nada mais é senão um dos aspectos objetivos do princípio da boa-fé, podendo ser entendida como a honestidade de proceder ou a maneira criteriosa de cumprir todos os deveres, que são arbitrados ou cometidos à pessoa”.¹²⁴

Em síntese, portanto, a existência de justa causa é suficiente para autorizar a extinção prematura do contrato de franquia sem a necessidade de concessão de aviso

¹²¹ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira e GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro:Elsevier, 2009, p. 22.

¹²² Conforme ressalva Paula Forgioni, a adoção de comportamentos típicos decorrentes do princípio da boa-fé por parte dos agentes econômicos implica em economia tanto para estes como para o mercado de um modo geral, pois tenderá a diminuir a incidência de custos de transação pelo aumento de grau de certeza e de previsibilidade das ações. (FORGIONI, Paula A. *a interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil Brasileiro*. in *Revista de Direito Mercantil*, p. 29)

¹²³ VENOSA, S. de S. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, p. 374.

¹²⁴ GOLÇALVES, C. R. *Direito Civil brasileiro: vol. III: contratos e atos unilaterais*, p. 34.

prévio previsto no parágrafo único do art. 473 do Código Civil brasileiro,¹²⁵ podendo ainda incorrer o culpado no dever de indenizar os prejuízos suportados pelo inocente com a dissolução motivada do vínculo.¹²⁶

Por derradeiro, cumpre mencionar que o contratante que romper o contrato por questões de ordem econômica, não sendo motivado pelo descumprimento contratual da contraparte, deverá indenizá-la, pois o motivo não se fundamenta na sua atuação.¹²⁷

4.3 Previsões contratuais relevantes

Consoante já exaustivamente mencionado, a Lei 8.955/1994 procurou disciplinar muito mais a proposta de franquia do que o contrato em si, sendo lacunosa quanto às obrigações das partes e omissa quanto à extinção do contrato.

Diante da deficiência legal, e para que as partes tenham maior segurança jurídica, não se sujeitando simplesmente ao arbítrio do julgador, procurar-se-á sugerir abaixo as cláusulas contratuais que, relacionadas ou não ao momento da extinção do contrato de franquia, são aqui consideradas de grande relevância.

i. Cláusula que estabelece o prazo de vigência do contrato:

Ainda que não haja vedação legal para a estipulação do contrato de franquia por prazo indeterminado, a fixação do prazo permite às partes, principalmente ao franqueado, avaliar os benefícios decorrentes do sistema que pretende implantar, a

¹²⁵ A denúncia motivada tem maior relevância nos contratos celebrados por prazo determinado, já que nos contratos por prazo indeterminado, os contratantes podem a qualquer tempo resilir a avença. No entanto, nos contratos de prazo indeterminado, a justa causa serve para afastar o dever do denunciante de conceder aviso prévio.

¹²⁶ Ao faltoso, entretanto, assiste direito de ser compensado pelo acréscimo patrimonial que experimentou o inocente com o término do contrato, sob pena de enriquecimento ilícito, como, por exemplo, pela clientela que angariou.

¹²⁷ DE PAOLA, L. S. *sobre a denúncia dos contratos de distribuição, concessão comercial e franquia*. v. 343, p. 145.

partir do valor investido e do período de vigência do contrato, podendo, inclusive, fazer previsões de lucros. Nesse sentido, cumpre transcrever a lição de Adalberto Simão Filho:

*A questão do prazo de duração das avenças pactuadas deve ser encarado pelo franqueado de maneira assaz técnica e decisiva na efetivação do contrato, porque este investiu e investirá grande capital na operação e, portanto, deverá estudar um prazo que não só garanta o retorno do capital investido, como também o lucro previsto.*¹²⁸

Ademais, a vigência do contrato por prazo determinado possibilita às partes maior segurança e estabilidade, ao “garantir a eficácia do contrato pelo tempo ajustado”,¹²⁹ inexistindo às partes o poder, próprio dos contratos celebrados por prazo indeterminado, de denunciá-lo a qualquer tempo e de forma unilateral e imotivada.

- ii. Cláusula que obrigue às partes notificar previamente à outra sua intenção de romper o vínculo:

Essa obrigação vem comumente estabelecida nos contratos celebrados por prazo indeterminado em que se faculta às partes denunciar o contrato a qualquer momento. No entanto, mesmo nos contratos de prazo determinado, a notificação se apresenta necessária com o intuito de informar a parte que o contrato não se prorrogará, cessando seus efeitos desde logo advenha o prazo nele estabelecido.

Além da obrigação de emitir notificação, deve o contrato prever o período de antecedência mínima em que ela deve ser emitida, contados da data em que o contrato cessará os efeitos, a fim de que sua finalidade seja alcançada que é a de evitar a ruptura brusca do contrato, suscetível de causar dano,¹³⁰ e possibilitar ao outro contratante redirecionar sua atividade comercial.

¹²⁸ SIMÃO FILHO, A. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*, p. 68.

¹²⁹ LEÃES, L. G. P. de B. *Denúncia de contrato de franquia por tempo indeterminado*, RT-719, p. 85.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 87.

iii. Cláusula que faculte a prorrogação do contrato:

Por meio dessa cláusula, faculta-se às partes prorrogar o contrato em prazo igual, inferior ou superior ao originariamente acordado, já que, quando as partes não a estabelecem, porém continuam a executar o contrato mesmo após a expiração do prazo, há presunção de que desejaram manter o vínculo, e o contrato passa então a vigor por prazo indeterminado, com a instabilidade própria desse tipo de contratação.

iv. Cláusula que estabeleça as faltas e inadimplementos contratuais das partes:

É importante também que o instrumento preveja, de forma clara e precisa, quais as faltas e inadimplementos das partes que autorizam a resolução do vínculo, pois, do contrário, ficariam sempre ao arbítrio do julgador. Ademais, é comum nos contratos de colaboração, como o é o de franquias, que antes de se operar a resolução do contrato, outras infrações, de natureza pecuniária ou não, sejam impostas ao faltoso. Nesse caso, importante que o contrato consigne não apenas as infrações a que pode incorrer, como também estabeleça as hipóteses em que o inocente estaria autorizado a resolver o contrato.

v. Cláusula que preveja indenização pela ruptura desmotivada do vínculo:

É importante também que o instrumento preveja a indenização devida pelo contratante que, sem causa justificada, rompe o contrato antes do advento do seu prazo, bem como a que estabeleça o valor da indenização a que faz jus o inocente quando o contrato for rompido por justa causa, devendo também consignar os itens que comportam indenização.

vi. **Cláusula que estabeleça cessão de direitos:**

Deve também constar no instrumento os exatos direitos que são cedidos ao franqueado em virtude do contrato, consistente no know-how, marca, insígnia, patente, métodos e sistemas, bem como a necessidade de cessação do seu uso desde logo seja dissolvido o contrato, além de eventual direito à indenização pelo seu uso indevido.

vii. **Cláusula de exclusividade territorial:**

Por fim, importante que o contrato consigne eventual direito à exclusividade territorial ou de provisionamento, já que a omissão da referida cláusula poderá ocasionar consequências distintas, podendo ou não ser qualificada como abusiva, conforme estudo desenvolvido no tópico 5.3.1 deste trabalho.

5 HIPÓTESES DE CABIMENTO DE INDENIZAÇÃO NA EXTINÇÃO DO CONTRATO DE FRANQUIA

5.1 Resilição abusiva

Consoante já mencionado, o contrato de franquia, independente de ter sido celebrado por prazo determinado ou indeterminado, termina ou se extingue nas formas mencionadas nos itens 4.0 e 4.1 deste estudo. Há hipóteses, porém, conforme restará demonstrado, que a extinção do contrato de franquia poderá se operar de forma abusiva.

Quando celebrado por prazo indeterminado, conforme estudo desenvolvido no item 4. deste estudo, o ordenamento jurídico brasileiro autoriza que seja rompido a qualquer tempo, por uma ou por ambas as partes, sem que à outra assista direito à indenização.

No entanto, o entendimento da doutrina tradicional de que o exercício da denúncia nos contratos por prazo indeterminado constitui em verdadeiro direito potestativo¹³¹ não é acolhida pela doutrina e, principalmente, pela jurisprudência contemporâneas, que entendem pelo cabimento de indenização à contraparte quando a ruptura do vínculo se operar de forma injusta ou abusiva. Nesse sentido, leciona Orlando Gomes “a inexistência de causa justa não impede a rescisão do contrato, mas a parte que o resiliu injustamente fica obrigada a pagar, à outra, perdas e danos”.¹³²

Para Paula Forgioni, será injusta e abusiva a ruptura quando operada de maneira abrupta, ou seja, sem a concessão de aviso prévio em tempo razoável à outra parte.¹³³ Segundo Leonardo Sperb de Paula, o aviso prévio não só evita “o brusco rompimento da relação contratual, defraudatório da confiança depositada pelo contratante passivo, como também possibilita a busca de outras alternativas econômicas para a parte prejudicada”.¹³⁴

Nesse sentido, também leciona Humberto Theodoro Junior e Adriana Mandim Theodoro de Mello em estudo sobre a denúncia dos contratos de distribuição, de franquia e de concessão comercial. Para eles, só poderá haver o rompimento do contrato por prazo indeterminado depois que for concedido à parte desinteressada na ruptura do vínculo aviso prévio, com antecedência adequada e compatível com o vulto e duração do negócio.¹³⁵

¹³¹ Direito potestativo, segundo Francisco Amaral, “é um poder que a pessoa tem de influir na esfera jurídica de outrem, sem que este possa fazer algo que não se sujeitar”. Em outras palavras, “consiste em um poder de produzir efeitos jurídicos mediante a declaração unilateral de vontade do titular, ou decisão judicial, constituindo, modificando ou extinguindo relações jurídicas. Opera na esfera de outrem, sem que este tenha algum dever a cumprir”. O direito potestativo assemelha-se ao direito subjetivo, porém este “é o poder que a ordem jurídica confere a alguém de agir ou exigir de outrem determinado comportamento”. Ou seja, ao direito subjetivo contrapõe-se um dever, já o direito potestativo é dever jurídico que não corresponde a um dever, mas uma sujeição. (AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 236, 237 e 224).

¹³² GOMES. O. *Contratos*, p. 207.

¹³³ FORGIONI. Paula A. *Contrato de Distribuição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 452.

¹³⁴ DE PAOLA, L. S. de. *Sobre a denúncia dos contratos de distribuição, concessão comercial e franquia*, v. 343, p. 141.

¹³⁵ THEODORO JUNIOR, H. e MELLO, A. M. T. de. *Apontamentos sobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e de concessão comercial*. v. 122, p. 26.

José Cretella Neto, igualmente, menciona a necessidade de concessão de aviso prévio, cujo prazo deverá ser determinado pelo juiz no caso concreto, considerando diversos elementos, tais como, as forças econômicas dos contratantes, os investimentos efetuados, as expectativas de ganho, o comportamento das partes na execução do contrato e as consequências, para cada qual, do rompimento do vínculo.¹³⁶ Leonardo Sperb de Paola menciona que a modulação do aviso prévio depende de fatores como a duração do negócio, o grau de integração entre as partes e a magnitude das relações econômicas envolvidas.¹³⁷ Ou seja, não basta a concessão de aviso prévio, é preciso que esse tenha duração razoável a fim de afastar a abusividade da rescisão.

O Código Civil endossa os posicionamentos acima, ao explicitar, no parágrafo único do art. 473, que a denúncia unilateral do contrato só produzirá efeitos depois de concedido aviso prévio à contraparte, em prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.¹³⁸ Este dispositivo legal, quando aplicado aos contratos de franquia, tem por escopo a proteção do agente econômico que realizou investimentos com o propósito específico de viabilizar a celebração do acordo, assegurando-lhe tempo razoável para a recuperação dos respectivos gastos.

A concessão de aviso prévio, portanto, é necessária mesmo quando a parte desinteressada na ruptura tenha, na vigência do contrato, amortizado os gastos com investimento pelo lucro auferido, já que o propósito da lei é evitar que o contratante suporte prejuízos para além daqueles relativos à álea normal do negócio e que poderiam ser evitados se houvesse a continuação do contrato.

Em síntese, portanto, para que a rescisão não seja abusiva deve o denunciante conceder à contraparte aviso prévio em prazo razoável, de modo que este recupere os

¹³⁶ CRETELLA NETO, J. *Do contrato internacional de franchising*, p. 138.

¹³⁷ *Op. cit.*, p. 141.

¹³⁸ Dispõe o art. 473 “a rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte. Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.”

investimentos feitos com a unidade franqueada, não suportando prejuízos passíveis de serem evitados e podendo redirecionar sua atividade comercial.

Já os contratos celebrados por prazo determinado não ensejam maiores questionamentos, eis que, extinguem-se, em regra, ou pelo advento do termo ou da condição resolutiva, o que torna ainda desnecessária a concessão de aviso prévio, salvo na hipótese de ter sido estipulada a recondução automática do contrato. Nesse sentido, leciona Luiz Gastão Paes de Barros Leães:

*Via de regra, o aviso prévio, ou seja, o aviso expedido com certa antecedência pela parte desinteressada em dar continuidade ao vínculo contratual, é estranho aos contratos por prazo determinado, visto que neles, já se prevê o momento do fato extintivo, que opera **ipsu iuri**. Estipulada porém, a recondução automática do contrato, a menos que uma das partes a ela se oponha, faz-se mister que a intenção de não dar seqüência à avença seja comunicada tempestivamente à outra parte.*¹³⁹

Afora isso, muitos contratos de franquia prevêm multa em caso de rescisão unilateral imotivada antes do advento do prazo, as quais tem por objetivo amortizar eventuais prejuízos suportados pela contraparte. Não obstante, quando a multa não constar no instrumento ou esta for insuficiente para amortizar os prejuízos suportados, poderá o contratante prejudicado intentar ação judicial buscando a manutenção do contrato ou eventual indenização por perdas e danos.

Nesses contratos, no entanto, poderá a não-renovação ser considerada abusiva, hipótese que será estudada a seguir.

5.2 não-renovação abusiva

A oposição de termo aos contratos de franquia, além de constituir em um direito das partes de limitar o contrato no tempo e de não se obrigarem eternamente, é também uma garantia, pois enquanto “durar o prazo, nenhuma das partes poderá

¹³⁹ LEÃES. L. G. P. de. *Denúncia de contrato de franquia por tempo indeterminado*. RT-719, p. 87.

desvincular-se da outra, pois a cláusula mediante a qual se apõe o termo tem por finalidade, precisamente, garantir a eficácia do contrato pelo tempo ajustado”.¹⁴⁰

Portanto, tratando-se, a aposição de termo final de um direito, a não-renovação do contrato não constitui ato ilícito a ensejar direito a perdas e danos. Nesse sentido, também leciona Leonardo Sperb de Paola para quem a recusa de renovação de contrato por tempo determinado não caracteriza comportamento contrário ao princípio da boa-fé.¹⁴¹

No entanto, a não-renovação poderá deixar de ser lícita, na hipótese do franqueador realizar condutas que, na prática do comércio, são comumente consideradas como declaração de sua intenção de prorrogar o contrato além do termo contratado, e, com isso, induzir o franqueado em erro, suportando esse prejuízos.¹⁴²

Cite-se, como exemplo dessa conduta, quando o franqueador, no último ano de vigência do contrato, exige que o franqueado realize investimentos consideráveis na unidade franqueada. Tal conduta cria legítima expectativa ao franqueado quanto à renovação do vínculo.

Nessa hipótese, ou seja, se a conduta das partes indicava a prorrogação do contrato, suportando uma delas prejuízos pelo erro a que foi induzida, a extinção deste no termo originalmente acordado é subentendida como abusiva.

Para Luiz Gastão Paes de Barros Leães não será abusiva a não-renovação desde que presentes três elementos, quais sejam: o contrato tenha vigido por prazo razoável, ou seja, suficiente para que as partes amortizassem os prejuízos suportados com a implantação da franquia; a parte interessada na ruptura tenha declarado sua

¹⁴⁰ LEÃES, L. G. P. de B. *Denúncia de contrato de franquia por tempo indeterminado*, p. 85.

¹⁴¹ DE PAOLA, L. S. *Sobre a denúncia dos contratos de distribuição, concessão comercial e franquia*, p.141.

¹⁴² Segundo Paulo Mota Pinto, a prática de atos figura entre as hipóteses que indicam o interesse da parte na prorrogação do contrato. Nesse sentido, cumpre transcrever “a renovação tácita de um contrato de longa duração (por exemplo, de fornecimento, de agência, ou de concessão), por sua vez, pode, mesmo não existindo cláusula nesse sentido, resultar da ausência de qualquer declaração de denúncia para o termo do prazo, acompanhada da continuação da execução, ou, ainda antes do termo do contrato, da prática de actos que pressuponham ‘com toda a probabilidade’ o seu prolongamento para além do termo fixado inicialmente (poderá ser o caso, em circunstâncias adequadas, da construção por ambas as partes de certas instalações, ou de acordo relativos a encomendas para além do termo fixado para o contrato). (PINTO, Paulo Mota. *declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 829).

intenção de não-renovar em prazo razoável antes do contrato expirar; e, por fim, se os investimentos feitos com a implementação da franquia servirem, eventualmente, ao franqueado, para o desenvolvimento de outra atividade comercial.¹⁴³

Na hipótese de não-renovação abusiva, Paula Forgioni dispõe que o contrato deve agora ser considerado de prazo indeterminado, ou seja, que o prazo vai “além daquele formalmente estipulado pelas partes no momento inicial da contratação, sem acordo sobre o termo final”. Se, porém, o contratante pretender romper a avença ao final do prazo, configura hipótese de “denúncia do contrato cuja vigência é, agora, indeterminada”, mostrando-se necessário, para tanto, a concessão de aviso prévio.¹⁴⁴

5.3 imposição de condutas abusivas

No contrato de franquia subsistem diversos interesses, nem sempre convergentes. Nele, assim como nos contratos de distribuição, o conflito e a aliança convivem como em poucas avenças, refletindo, ao mesmo tempo, comunhão de escopo e intercâmbio.¹⁴⁵ Por um lado, as partes se unem pela crença de que a celebração do acordo de franquia irá deixá-las em situação melhor do que aquela em que se encontram; por outro, porém, cada qual objetiva a maximização do seu lucro que só será obtida em detrimento da remuneração da contraparte.

Como regra, franqueador e franqueado convergem seus interesses ao pretenderem o sucesso na colocação do produto ou serviços junto ao consumidor. Com isso, o franqueador dispersa positivamente no mercado o sistema, e o franqueado, em contrapartida, tem grandes chances de auferir maior lucratividade em virtude da aceitação do produto ou serviços pelo consumidor. Já o conflito central que impera

¹⁴³ LEÃES. L. G. P. de B. *Denúncia de contrato de franquia por tempo indeterminado*, p. 88.

¹⁴⁴ FORGIONI. P., *Contrato de distribuição*, p. 492-493.

¹⁴⁵ Segundo Eros Roberto Grau, nos contratos de intercâmbio, os interesses das partes estão em contraposição, cada uma perseguindo seus próprios interesses; já nos contratos de comunhão de escopo, os interesses dos contratantes são paralelos, sendo da vantagem de um extraída a vantagem do outro. (GRAU, Eros Roberto. *Licitação e Contratos Administrativos – Estudos sobre a interpretação da lei*. São Paulo: Malheiros, 1995, p 91-92).

entre ambas as partes relaciona-se a atividade econômica desenvolvida por um e por outro, pois ambos pretendem a maximização dos seus lucros.

Por conta da existência desses interesses divergentes é que, muitas vezes, as condutas perpetradas por um podem prejudicar a atuação do outro e, por consequência, conduzir ao rompimento antecipado e motivo do vínculo constituído.

Em regra, como o franqueador constitui a parte mais forte do vínculo, sendo o proprietário do sistema franqueado, as condutas que implicam esse rompimento contratual são normalmente por ele perpetradas.

Algumas condutas exemplificativas serão aqui abordadas por serem as mais comuns na prática comercial, porém, salienta-se que não são exaustivas, havendo muitas outras que podem também conduzir ao rompimento motivado do contrato de franquia com conseqüente dever de indenizar.

5.3.1 imposição de preços de revenda

A imposição de preços de revenda dos produtos e/ou serviços das unidades franqueadas permite garantir ao franqueador o aumento no controle direto sobre os franqueados, bem como estatuir as condições de vendas praticadas pelos integrantes e a uniformização da rede. O franqueador pode tanto determinar o valor do preço final mínimo, quanto o máximo.

Nas operações de franquia é muito comum a imposição de valor máximo, como forma de não só preservar a marca, aviamento e reputação do franqueador e lhe assegurar a competição entremarca, ao limitar a margem de lucro dos franqueados, mas também porque minora a concorrência entre os operadores da mesma rede de franquia, o que Paula Forgioni denomina de concorrência intramarca¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Paula Forgioni distingue concorrência intramarca e entremarca. A primeira seria aquela estabelecida entre os franqueados da mesma rede de franquia; já a concorrência entremarca seria a competição travada entre o franqueador e os demais agentes econômicos atuante no mesmo ramo de atividade. (FORGIONI, P. *Contrato de Distribuição*, p. 177).

A problemática reside, contudo, nas consequências gravosas que a imposição de valor máximo pode refletir na lucratividade do franqueado. O provento econômico a ser auferido por este depende da diferença do valor de produção ou aquisição do produto ou serviços junto ao franqueador ou à terceiro, conforme seja a modalidade de franquia operada, e a sua revenda para o consumidor. Quando o franqueador reserva-se o poder de impor o preço de revenda, por óbvio, estará influenciando no lucro do franqueado, além de retirar parcela de sua autonomia.

Assim, para que a conduta não seja considerada abusiva, é preciso que uma margem de lucro razoável seja garantida ao franqueado. A razoabilidade desse lucro, por sua vez, deverá ser analisada no caso concreto, em julgamento que não desconsidere as condições do mercado. Um indicativo, porém, é que o valor imposto não seja nem tão alto que prejudique a concorrência entremarca do franqueado, nem tão baixo que inviabilize a sua sobrevivência e da própria franquia.

A imposição de preços mínimos poderá, igualmente, ser prejudicial ao franqueado, na hipótese deste mínimo ser fixado em valor relativamente elevado, inviabilizando a concorrência entremarca.

A garantia do franqueado, porém, contra tais condutas, vem estabelecida no art. 187 do Código Civil, pois, se a fixação do preço de revenda inviabilizar de tal modo a margem de lucro do franqueado, com comprometimento da sua sobrevivência, estar-se-á diante do que se denomina de abuso de direito, o que, por si só, gera dever de indenizar.¹⁴⁷

Afora o exposto, é bastante questionável a imposição de preços de revenda, tendo em vista que os produtos e serviços pertencem ao franqueado, podendo ele, como proprietário, dispor dos seus bens nas condições que desejar. Em que pese isso, a conduta é aceitável no direito brasileiro.

¹⁴⁷ Dispõe o art. 187 do Código Civil que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

5.3.2 ausência de cláusula de exclusividade territorial e prejuízos ao franqueado

É muito comum nos contratos de franquia a estipulação de cláusula de exclusividade territorial, por meio da qual fica reservado ao franqueado uma parcela territorial livre da concorrência intramarca, ou seja, da concorrência entre franqueados da mesma rede.

A estipulação dessa cláusula reflete mais os interesses do franqueado, pois além de demarcar a sua área atuação, é um meio de limitar o acesso de outros integrantes da rede à zona concedida.¹⁴⁸ Conforme leciona Adalberto Simão Filho, a exclusividade pode ser concedida ao franqueado para vendas em um país, uma região do país, um estado, uma cidade, ou ainda uma parte geográfica da cidade¹⁴⁹.

Melhor atende aos interesses do franqueador, em contrapartida, a ausência da cláusula de exclusividade territorial. Isto porque, ao implantar mais de uma franquia num mesmo espaço territorial teria, além de mais uma unidade dissipando o sistema de franquia, refletindo ainda nova fonte de remuneração, o incremento da concorrência intramarca que, embora inexistente em relação ao preço, já que esses normalmente são impostos pelo franqueador, presentifica-se sobre outras variáveis, tais como a qualidade do atendimento e da prestação de serviço.

É perfeitamente possível que o contrato de franquia nada disponha sobre a cláusula de exclusividade territorial, pois, além de não ser determinante para a caracterização do sistema¹⁵⁰, a Lei 8.955/1990 não obriga sua estipulação¹⁵¹. Porém, a

¹⁴⁸ SIMÃO FILHO, Adalberto. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*, p.71.

¹⁴⁹ *id.*

¹⁵⁰ Dispõe o art. 2º da Lei 8.955/1994 que “franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, **associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva** de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício” (grifou-se). Da leitura do referido dispositivo, vislumbra-se que a exclusividade territorial não é obrigatória para a caracterização do instituto.

¹⁵¹ No mesmo sentido é o art. 3º, inciso X, que faculta ao franqueador conceder ao franqueado exclusividade ou preferência sobre determinado território, se o fizer, porém, deve a Circular de Oferta de

omissão contratual quanto à referida cláusula não significa que o franqueador esteja autorizado a conceder os mesmos limites territoriais a dois franqueados distintos; é preciso atentar para duas situações distintas, que implicam também consequências diversas.

A primeira delas é a hipótese de haver previsão contratual que autorize o franqueador a conceder os mesmos limites territoriais. Nesse caso, além de inexistir a cláusula de exclusividade territorial, houve o consentimento expresso do franqueado, quando da celebração do contrato, quanto à possibilidade de concessão da área à outrem. Nessa situação, eventual prejuízo amargado pelo primeiro franqueado em virtude da instauração de nova unidade franqueada não implica o dever de indenizar por parte do franqueador, tampouco autoriza a rescisão contratual por justa causa, ante a anuência expressa.

A segunda, e mais complexa, diz respeito à inexistência, pura e simples, de estipulação da cláusula de exclusividade. Diversamente da primeira situação, aqui o franqueado não consentiu expressamente com a concessão dos mesmos limites territoriais à outrem. Nessa hipótese, conforme leciona Adalberto Simão Filho, instaurada nova franquia que implique prejuízos ao primeiro franqueado, é legítimo a este denunciar o contrato por justa causa, além do direito de perceber indenização por perdas e danos.¹⁵²

A indenização a que faz jus o prejudicado, nos termos do art. 402 do Código Civil, compreende não só o dano emergente, como também o lucro cessante, correspondente ao valor que o franqueado deixou de lucrar em virtude da instauração de nova franquia no mesmo espaço territorial a ele anteriormente concedido.

Portanto, em que pese a estipulação de cláusula de exclusividade territorial não ser obrigatória nos contratos de franquia, poderá ser considerada abusiva a concessão dos mesmos limites territoriais a dois franqueados distintos se estes não tiverem expressamente consentido com isso.

Franquia mencionar em que condições o faz. Portanto, pode o sistema de franquia envolver ou não cláusula de exclusividade territorial.

¹⁵² SIMÃO FILHO. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*, p. 72.

5.3.3 aquisição de estoque mínimo

É muito comum nos contratos de franquia a celebração de cláusula que estabeleça a obrigatoriedade da aquisição de estoque mínimo de produtos, determinado pelo franqueador, a fim de não faltar ao consumidor os bens de que necessita.

A imposição de aquisição de estoque mínimo, entretanto, poderá também ser considerada abusiva, quando a aquisição dos bens acaba sendo superior ao seu escoamento no mercado, com expressivos prejuízos ao lucro do franqueado.

Nessa hipótese, persistindo o franqueador em obrigar o franqueado a adquirir estoque mínimo, sendo-lhe prejudicial essa imposição, poderá o franqueado requerer a rescisão motivada do contrato, sem prejuízo de eventual indenização por perdas e danos.

5.3.4 cláusula de provisionamento

Outra conduta que poderá ser configurada como abusiva é a previsão, no contrato de franquia, de cláusula de exclusividade de provisionamento, podendo também ensejar a extinção antecipada do vínculo.

A cláusula de exclusividade de provisionamento, segundo Adalberto Simão Filho garante a homogeneidade da cadeia de distribuição, na medida em que, em qualquer das unidades franqueadas, haverá o fornecimento dos mesmos produtos e serviços e com a mesma qualidade.¹⁵³

Pode ocorrer, no entanto, que o franqueador, ou empresa por ele licenciada, forneça os bens a serem comercializados a preços abusivos, que tornem inviável a concorrência entremarca. Nesse caso, devem os franqueados informar os prejuízos

¹⁵³ SIMÃO FILHO, A. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*, p. 73.

amargados diante da política de provisionamento adotado pelo franqueador, requerendo também que sejam tomadas as devidas providências na solução do problema, como a redução do valor ou escolha de nova empresa para aprovisionar a rede.

A persistir essa situação, poderão os franqueados requerer a rescisão do contrato por justa causa, sem prejuízo de indenização pelos danos sofridos com a ruptura antecipada do vínculo.

5.4 itens que podem ser indenizados

A não renovação abusiva do contrato ou a sua rescisão unilateral sem justa causa e de maneira abrupta impõem ao franqueador o dever de indenizar o franqueado os prejuízos que vier a suportar com a ruptura do vínculo.¹⁵⁴

Esse dever não vem tarifado na Lei 8.955/1994, mas pode ser extraído do Código Civil, quando, ao positivizar a teoria do abuso de direito¹⁵⁵, prescreve, precisamente nos artigos 187 e 927¹⁵⁶, o dever de reparar a aquele que comete ato ilícito em virtude do exercício abusivo de um direito.¹⁵⁷

¹⁵⁴ Conforme salientam Humberto Theodoro Junior e Adriana Mandin Theodoro de Mello, o exercício regular da rescisão do contrato, precedido de aviso prévio, ou a recusa à sua renovação, quando expirada a vigência inicialmente prevista, não configuram hipóteses de responsabilidade civil, na medida em que a conduta se sustenta em razões de ordem econômicas e sociais amparadas pelo ordenamento jurídico pátrio. (*Apontamentos sobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e de concessão comercial*, p. 37).

¹⁵⁵ Eduardo Ferreira Jordão critica veemente a expressão “abuso de direito”, pela contradição que há entre os termos. Para ele, nos atos abusivos não há exercício de nenhum direito. (JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Repensando a teoria do abuso de direito*. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 112-113).

¹⁵⁶ Dispõem os artigos 187 e 927 do Código Civil, respectivamente, “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” e “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

¹⁵⁷ A origem da noção de abuso de direito remonta ao direito romano, pelos princípios insertos nos brocardos “*summum jus, summa injuria*” (supremo direito, suprema injustiça) e “*male enim nostro jure uti non debemus*” (não devemos fazer mal uso de nosso direito). No entanto, é com o direito medieval, a partir da teoria dos atos emulativos, que o instituto ganha seu principal precedente, ao propugnar pela

Pela sistemática do novo Código Civil, verifica-se a equiparação do abuso de direito ao ato ilícito, porém, o tema é bastante controverso na doutrina.¹⁵⁸ Eduardo Jordão entende que o ato abusivo constitui ato ilícito, mas de espécie diferenciada, definindo este como o ato que não encontra guarida em dado ordenamento jurídico por violar um dever ou um valor nele fundado.¹⁵⁹ Nesse sentido, o ato abusivo seria também ilícito por violar o princípio da boa-fé incerto, expressa ou implicitamente, no ordenamento jurídico:

*Ante tudo isso, repita-se: não restam dúvidas acerca da ilicitude do ato abusivo. Trata-se de conduta proibida pelo ordenamento jurídico, na medida em que fere uma norma sua, o princípio da boa-fé. Uma correta interpretação sistemática evitaria a contra-argumentação de que a referida conduta seria juridicamente permitida em razão de um direito subjetivo em cujo conteúdo de atos garantidos ele se integraria.*¹⁶⁰

Barbosa Moreira, em contrapartida, entende que os institutos não se confundem, em que pese ambos implicarem no dever de reparação; ato ilícito é aquele praticado por quem, sem poder de invocar a titularidade de direito algum, simplesmente viola direito alheio, ao passo que o abuso de direito se configura quando o titular de um direito o exerce de maneira irregular.¹⁶¹

Em que pese a discussão doutrinária, configura-se o ato abusivo sempre que o titular de um direito exerce-o de maneira contrária à sua finalidade social e econômica,

inadmissibilidade dos atos praticados com o fim único de prejudicar terceiros (JORDÃO, E. F. *Repensando a teoria do abuso de direito*, p. 58, 60).

¹⁵⁸ Segundo Inácio de Carvalho Neto, a maioria dos doutrinadores que defendem a equiparação de ambos os institutos parte da interpretação do artigo 188 do Código Civil, que dispõe não constituir ato ilícito aquele praticado no exercício regular de um direito; assim, a *contrario sensu*, o exercício irregular de um direito constituiria, por óbvio, ato ilícito. (CARVALHO NETO, Inácio de. *Abuso do direito*, 4. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 184-185).

¹⁵⁹ Nesse sentido, cita-se o conceito de ato ilícito fornecido por Fernando Augusto Cunha de Sá "ilícito é, assim, o comportamento negador de específicas orientações axiológicas-normativas, é a conduta que contradiz concretas proibições de ação ou omissão, como reflexo do juízo de valor contido na norma e, por aí, o oposto do comportamento normativamente qualificado como obrigatório relativamente a uma certa situações concreta". (CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Lisboa: Almedina, 1983, p. 499).

¹⁶⁰ JORDÃO, E. F. *op. cit.*, p. 107.

¹⁶¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Abuso do Direito*. In Revista trimestral de direito civil v.4, p. 104.

que importe também na violação da boa-fé¹⁶² e dos bons costumes. Por tais pressupostos, ainda que o contratante tenha, por vezes, direito de desvincular-se do contrato, seu exercício é limitado, por exemplo, à concessão de aviso prévio ou à manutenção do contrato além do termo acordado, conforme estudo desenvolvido nos tópicos 5.1 e 5.2 desse estudo. Nesse sentido, leciona Darcy Bessone:

o abuso pode, ainda, ocorrer na dissolução dos contratos. Em alguns, a rescisão pode, unilateralmente, partir de um só dos contratantes, mesmo sem que concorra violação de qualquer de suas cláusulas ou o assentimento da outra parte. Assim, no mandato, como na locação de serviços ou na sociedade por tempo indeterminado. O legislador, atento a razões superiores estabelece, em casos tais, exceções à regra de que nenhuma das partes vinculadas pelo contrato pode, a seu arbítrio, desligar-se. A derrogação do princípio inspira-se em motivos especiais, que devem ser atendidos. Não seria civil, no entanto, que o titular da prerrogativa se utilizasse dela no propósito de causar prejuízos ao outro contratante ou causando-os inconsideradamente, mesmo sem a intenção de produzi-los. Neste uso anormal, antifuncional, consistiria o abuso”¹⁶³

Assim também leciona Rubens Requião para quem a rescisão “unilateral desmotivada pode, perfeitamente, ser revista sob as luzes da teoria do abuso de direito, atribuindo à vítima do ato abusivo um direito à indenização”¹⁶⁴

No entanto, não basta a prática do ato abusivo é preciso que dele resulte algum dano e a indenização correspondente será aferida a partir da disciplina da responsabilidade civil.¹⁶⁵ No entanto, há divergências doutrinárias buscando estabelecer se essa responsabilidade é objetiva ou subjetiva. Os adeptos da corrente

¹⁶² Cumpre lembrar, por oportuno, que uma das funções do princípio da boa-fé é a limitação ao exercício de direito subjetivo.

¹⁶³ ANDRADE. D. B. de O., *do contrato*, p. 236.

¹⁶⁴ REQUIÃO. Rubens. *Concessão de Venda com Exclusividade, Aspectos Modernos de Direito Comercial*, Estudos e Pareceres, 2ª edição, pp. 117/164, 1988, p. 140.

¹⁶⁵ Segundo Maria Helena Diniz, são pressupostos da responsabilidade civil objetiva: dano, que é a lesão sofrida pela pessoa em virtude de um evento, podendo ser moral ou patrimonial; e nexa causal, que é o vínculo entre o prejuízo suportado e a ação ou omissão humana. Na responsabilidade civil subjetiva, além desses pressupostos acrescenta-se a ação ou omissão culposa, que é o ato humano comissivo ou omissivo, lícito ou não, que causa dano a outrem; (DINIZ, Maria Helena de. *Curso de Direito Civil brasileiro*, 7º. volume: *responsabilidade civil*, 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 38-39, 59, 107)

subjetivista justificam o posicionamento sob a alegação de que, sendo a regra a responsabilidade subjetiva, essa somente seria objetiva quando assim expressamente dispusesse a lei, o que não ocorre com a redação do artigo 187 do Código Civil.¹⁶⁶

Cita-se, nesse sentido, a doutrina de Fernando Augusto Cunha de Sá:

*Que o abuso de direito seja fonte de responsabilidade civil é coisa que ninguém se lembra de pôr em dúvida, desde que no exercício abusivo se verifiquem os demais requisitos e pressupostos de dever de indenizar: o dolo ou a mera culpa, o dano e o nexo de causalidade entre a atuação abusiva e o dano.*¹⁶⁷

Já Sérgio Cavalieri Filho, em análise à redação do artigo 187 do Código Civil, entende que a responsabilidade é objetiva, pois se configura independente da consciência do agente de que estaria excedendo os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico daquele direito:

Depreende-se da redação deste artigo, em primeiro lugar, que a concepção adotada em relação ao abuso do direito é a objetiva, pois não é necessária a consciência de se excederem, com o seu exercício, os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico do direito: basta que se excedam estes limites.¹⁶⁸

A fim de dirimir a controvérsia, o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, sob coordenação de Ruy Rosado Aguiar, aprovou o enunciado nº37 na Jornada de Direito Civil que ocorreu nos dias 11, 12 e 13 de setembro de 2002, com a seguinte redação: “a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

Cumpre mencionar, no entanto, que Humberto Theodoro Junior e Adriana Mandin Theodoro de Mello seguem defendendo a incidência da responsabilidade civil subjetiva no silêncio da lei:

¹⁶⁶ JORDÃO, E. F. Repensando a teoria do abuso de direito, p. 125-126.

¹⁶⁷ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. Abuso do direito, p. 638.

¹⁶⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 160.

Enfim, não basta a ruptura de um contrato de distribuição pelo fabricante, para que ele se sujeite a uma indenização, tal como se dá no contrato de representação comercial. No relacionamento entre concessionário ou franqueado e fabricante, a indenização eventual não é tarifada em lei e somente acontecerá se houver conduta censurável, por parte do denunciante, tipificável como abuso no exercício de direitos. Nessa hipótese, haverá inexecução contratual capaz de justificar a imposição do pagamento de perdas e danos suportados pelo distribuidor. Mas nessa hipótese, somente se ressarcirão prejuízos efetivos, vale dizer danos concretos e comprovados em juízo e não uma quantia objetivamente imposta por lei aplicável a um tipo contratual diverso. Ora, inexistindo lei específica que imponha dever objetivo de indenizar, qualquer obrigação de pagar há de respeitar os requisitos essenciais do nascimento da responsabilidade civil subjetivo. Ou seja, hão de restar provados o ato ilícito culposo, o dano e o nexo causal que ligue o primeiro ao segundo¹⁶⁹

Em que pese as divergências doutrinárias acima relatadas, não há dúvida, portanto, que o exercício abusivo do direito de denúncia ou de não-renovação do contrato de franquia impõem ao franqueador o dever de indenizar o franqueado os prejuízos suportados com a dissolução do vínculo, tendo em vista a disciplina do abuso de direito estabelecida pelo Código Civil, por meio dos artigos 187 e 927, e desde que se verifiquem os demais pressupostos da responsabilidade civil que, no caso concreto, poderá ser objetiva ou subjetiva a depender da posição que se adote.

A problemática que se insere, porém, concerne à fixação do quantum devido em virtude dos prejuízos sofridos pelo franqueado. Adalberto Simão Filho sintetiza que a indenização deve cobrir gastos com instalações, estoques e clientela.¹⁷⁰

As despesas com instalação dizem respeito aos investimentos feitos pelo franqueado a fim de viabilizar tão somente a instauração do sistema de franquia, pois, ao término do contrato, não terão mais proveito. Assim, na eventualidade de tais investimentos servirem ao franqueado para desenvolver outra atividade comercial, não deverão ser indenizados, tendo em vista que, à luz dos pressupostos da responsabilidade civil, nenhum dano sobreveio ao franqueado, pelo menos nesse aspecto.

¹⁶⁹ THEODOR JUNIOR, H. e MELLO, A. M. T. de. *Apontamentos sobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e de concessão comercial*, p. 34.

¹⁷⁰ SIMÃO FILHO, A. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*, p. 79.

A indenização pelo estoque apresenta-se necessária somente quando o franqueador impõe ao franqueado o dever de manter estoques mínimos de produtos. Nada obsta, no entanto, que mesmo quando inexistir cláusula que obrigue a aquisição de estoques mínimos, o franqueador deva indenizá-los, a fim de evitar prejuízos ao franqueado que poderiam, certamente, serem amortizados com a continuidade do contrato.

Já a indenização pela clientela, compreende tema bastante controverso na doutrina, havendo quem entenda que a clientela pertence somente ao franqueador, na qualidade de proprietário da marca e do bom nome da empresa franqueada, e outros apenas ao franqueado, ao fundamento de que os clientes são atraídos pela qualidade dos serviços por ele prestados. Por conta de tais argumentos é que alguns autores, como Adalberto Simão Filho, entendem que a indenização de clientela devida ao franqueado tem lugar apenas quando a marca do franqueador é pouco conhecida no local onde foi instalada a unidade franqueada, presumindo, em tais situações, que o franqueado contribuiu consideravelmente para sua captação. Cumpre transcrever:

Como o franqueado opera ou comercializa sob marca de propriedade do franqueador que, anteriormente, já havia feito sua clientela de pessoas aptas ao tipo de negócio ofertado, possibilitando a abertura de unidades nos mais diversos pontos-de-venda, pode-se concluir que não deve haver indenização ao franqueado pela perda da clientela, somente quando esta, em última análise, já tenha sido arrebanhada anteriormente pelo franqueador. Podem existir, porém, casos em que a marca franqueada não seja nem tão forte nem de conhecimento dos consumidores onde está instalada a unidade franqueada; tais consumidores simplesmente adquirem os produtos ou serviços nesses locais pelas facilidades, novidade, ou em função do trabalho gerencial desenvolvido pelo próprio franqueado em contato direto com o público; nesse caso, acredita-se que a clientela a esta pertença, podendo ser indenizado por sua perda em caso de rescisão antecipada no negócio.¹⁷¹

Já para José Cretella Neto, a clientela pertence tanto ao franqueador, pois foi o responsável pelo desenvolvimento da rede, atraindo cliente pela marca e pela gama de serviços e/ou produtos oferecidos por meio do sistema que criou, como também ao

¹⁷¹ SIMÃO FILHO, A. Franchising: aspectos jurídicos e contratuais, p. 79-80.

franqueado já que, naquele específico local ou território, o seu empenho pessoal foi fundamental para a captação da clientela.¹⁷²

Portanto, partindo do pressuposto de que a clientela pertence a ambos, impõem-se ao juiz aferir, no caso concreto, considerando o tipo de mercado e o montante dos investimentos efetuados pelo franqueado, qual a efetiva contribuição das partes para a sua captação, de modo a estabelecer a parcela que deverá caber a cada um, a título de indenização.¹⁷³ Essa indenização tem pertinência ainda quando o franqueado tenha dado causa à ruptura do vínculo, considerando que seu objetivo é evitar o locupletamento ilícito.

Por fim, a extinção do contrato de franquia impõe ao franqueado romper os contratos de trabalho celebrados com os funcionários da unidade franqueada, com conseqüente dever de pagamento das verbas rescisórias. Sendo assim, conforme leciona Leonardo Sperb de Paola, quando a ruptura ocorrer de forma abusiva ou por justa causa imputável ao franqueador, compete a esse o pagamento de tais verbas, já que, com a continuidade do contrato, o franqueado não suportaria tais prejuízos, senão eventualmente em momento oportuno.¹⁷⁴

5.5 visão jurisprudencial

A jurisprudência brasileira repudia a rescisão unilateral e abusiva dos contratos de franquia e impõe ao franqueador o dever de indenizar. Nesse sentido, cita-se o entendimento da Egrégia 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, nos autos de Apelação Cível nº 73102/2006:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE
CLÁUSULA CONTRATUAL C/C INDENIZAÇÃO E CANCELAMENTO

¹⁷² CRETELLA NETO, J. *Manual Jurídico do Franchising*, p. 146.

¹⁷³ *Ibid.*, p.229.

¹⁷⁴ PAOLA. L. S. de. *Sobre a denúncia dos contratos de distribuição, concessão comercial e franquia*, p.128.

DE PROTESTO - **CONTRATO DE FRANQUIA - PACTO ONEROSO E BILATERAL, ELEMENTOS QUE O DESCARACTERIZAM COMO SENDO DE ADESÃO - RECURSO PROVIDO.** Nem a doutrina e menos ainda o texto que dispõe sobre a matéria - Lei no 8.955, de 15.12.94, conceitua o contrato de franquia como sendo um contrato de adesão. A rescisão do contrato de franquia, para ser válida, há que ser feita com observância de normas previstas no Código Civil, por se tratar de negócio bilateral, oneroso e de prestações sucessivas. **A rescisão sumária e unilateral, pela própria natureza do contrato, gera para o contratante que a promoveu, mediante mera comunicação, a obrigação de indenizar.** RECURSO ADESIVO À APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL C/C INDENIZAÇÃO E CANCELAMENTO DE PROTESTO - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - PRETENSÃO NÃO COMPROVADA - RECURSO IMPROVIDO. Sem a comprovação da prática do ato lesivo contra o patrimônio da vítima, por omissão voluntária, negligência ou imperícia, o pedido de indenização por dano moral não tem como ser acolhido. Segundo a melhor doutrina, em sintonia com o enunciado do art. 159 do Código Civil de 1916 e repetido no art. 186 da vigente Lei Substantiva Civil, para se justificar a indenização reclamada impende ocorrer o nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente. Sem a confluência desses elementos, inevitável a improcedência do pedido. (TJMT - AC 73102/2006 - 5ªCC - Rel. Leônidas Duarte Monteiro - J. 17/12/2008)

Extrai-se do voto o seguinte excerto:

Obviamente, a resolução ou a rescisão de um contrato desse jaez, com investimentos consideráveis das Franqueadas, não se faz unilateralmente, quer sobre a égide do Código Civil de 1916 (art. 1092 e Parágrafo Único), quer na vigência da Lei Substantiva atual, artigos 473, parágrafo único, 475, 476 e 478, aplicáveis à espécie, frente ao previsto no art. 2046, mas isso na esfera judicial.

No mesmo sentido, cita-se o entendimento da Terceira Câmara de Direito Comercial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que só reputou válida a rescisão do contrato celebrado sem prazo determinado porque operada mediante notificação em tempo razoável:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CAUTELAR INOMINADA - PRETENSÃO FORMULADA POR FRANQUEADAS ("PIUBELLO" E "BARÃO DECOR"), OBJETIVANDO A CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR PARA PRORROGAÇÃO DE CONTRATOS DE FRANQUIA DA MARCA "PORTOBELLO" - DECISÃO INTERLOCUTÓRIA INDEFERINDO A MEDIDA. PERDA DE OBJETO DO RECLAMO EM RELAÇÃO À PRIMEIRA INSURGENTE, ANTE SUA DESISTÊNCIA DA

AÇÃO E CONSEQÜENTE EXCLUSÃO DO PÓLO ATIVO DA LIDE. IRRESIGNAÇÃO DA AUTORA REMANESCENTE - 1. INVIABILIDADE DE PRORROGAÇÃO COMPULSÓRIA DO VÍNCULO NEGOCIAL - CELEBRAÇÃO DE CONTRATO DE FRANCHISING PARA EXPLORAÇÃO DE MARCA - NÃO FORMALIZAÇÃO DO AJUSTE EM RAZÃO DE DESENTENDIMENTOS DAS PARTES QUANTO AOS TERMOS DA AVENÇA - LIAME OBRIGACIONAL CONSTITUÍDO POR ACERTO VERBAL, INEXISTINDO ESTIPULAÇÃO ACERCA DO PRAZO DE VIGÊNCIA DO PACTO - POSSIBILIDADE DE RESILIÇÃO UNILATERAL IMOTIVADA A QUALQUER TEMPO, MEDIANTE A IMPLEMENTAÇÃO DE NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL (ARTS. 6º DA LEI N. 8.955/94 E 473, CAPUT, DO CC/2002) - 2. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS DEMONSTRANDO QUE OS INVESTIMENTOS REALIZADOS PELA FRANQUEADORA NO EMPREENDIMENTO NÃO TENHAM SIDO RECUPERADOS ATÉ O MOMENTO, IMPEDINDO A CONCESSÃO DA TUTELA ESPECÍFICA PARA PRESERVAÇÃO DO CONTRATO (ART. 473, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CC/2002) -- FUMUS BONI JURIS NECESSÁRIO À OUTORGA DA CAUTELA PRETENDIDA NÃO CONFIGURADO - INTERLOCUTÓRIA MANTIDA - RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC – AI 2006.000013-2 – 3ª Câmara de Direito Comercial - Rel. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi - J. 06/07/2006).

Do corpo do acórdão, extrai-se os seguintes excertos:

(...) Com efeito, o franchising, ou franquia empresarial, é modalidade negocial regulada especificamente pela Lei n. 8.955/1994, a qual traz somente comandos gerais atinentes ao instituto, cabendo ao Código Civil, nas omissões do aludido diploma, disciplinar as relações jurídicas compreendidas entre as partes envolvidas no contrato de franquia.

Ante o silêncio da lei específica, a extinção do ajuste sob foco dá-se mediante as normas do Estatuto Civilista, o qual permite a resolução imotivada da avença vigente por prazo indeterminado, condicionando-a ao prévio aviso da contraparte do negócio, conforme se extrai do preceptivo constante no art. 473, caput, do CC/2002

(...)

Nesse rumo, tratando-se de contrato sem vigência pré-determinada e havendo a prévia notificação da franqueada a respeito da impossibilidade de manutenção do ajuste, não há se falar em abuso de direito das agravadas, ou mesmo de surpresa das recorrentes no tocante à cessação do fornecimento de mercadorias, o que inviabiliza a intervenção judicial para prorrogação do contrato entabulado entre as partes, providência essa que somente pode ser admitida em hipóteses excepcionais (...)

Assim também a Sexta Câmara Cível do extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais, no julgamento do Recurso de Apelação Cível nº 392.744-8:

AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL - CONTRATO FIRMADO POR TEMPO INDETERMINADO - DIREITO DA PARTE DE REQUERER A RESILIÇÃO - MULTA PENITENCIAL DEVIDA. - Nos contratos por tempo indeterminado a resilição é o meio próprio de dissolvê-los. - Se não fosse assegurado o poder de resilir, seria impossível ao contratante libertar-se do vínculo na eventual discordância da outra parte. - Entretanto, o exercício da faculdade de arrependimento tem sua contrapartida no pagamento de multa penitencial. Trata-se de compensação pecuniária atribuída à parte que se viu privada da vantagem do contrato porque a outra se arrependeu de o ter celebrado - Estipulada a pena convencional, pode o juiz, autorizado pelo art. 924 do Código Civil, reduzi-la a patamar justo, com fito de evitar o enriquecimento sem causa que sua imposição integral acarretaria à parte. (TAMG – AC 2.0000.00.392744-8/000 – 6ªCC - Rel. Beatriz Pinheiro Caires - J.15/05/2003)

Os julgados acima denotam que os litígios judiciais envolvendo os sistemas de franquia não são pouco, mostrando-se deficitária a lei 8.955/1994 para solucioná-los. Em que pese isso, a jurisprudência é assente em reprimir os abusos cometidos em tais contratos, valendo-se, para tanto, da teoria geral dos contratos e do instituto da responsabilidade civil.

6 Conclusão

Conforme estudo desenvolvido, verificou-se que a lei 8.955/1994 que disciplina o sistema de franquia pretendeu regular o momento pré-contratual, sendo deficitária quanto às obrigações das partes e omissa quanto à execução do contrato de franquia ou mesmo à sua extinção.

Nesse contexto, o presente trabalho procurou analisar essa deficiência, ao dispor primeiramente sobre o conceito e modalidades de franquia e, posteriormente, sobre as possibilidades de extinção do contrato, tarifando, enquanto possível, as hipóteses de justa causa e estabelecendo as cláusulas contratuais que devem ser avençadas, de tal sorte a reduzir as arbitrariedades das partes.

A existência de justa causa, como visto, autoriza a ruptura do vínculo, o problema que se insere, porém, diz respeito ao estabelecimento dessas hipóteses, já que a lei nº 8.955/1994 nada dispõe e há muitas discussões doutrinárias acerca da aplicação analógica ao sistema de franquia da lei nº 4.886/1965, que regulamenta a atividade dos representantes comerciais. De qualquer sorte, definiu-se algumas dessas hipóteses, cabendo aos contratantes, porém, fixá-las no caso concreto, de acordo com os objetivos perseguidos no contrato.

Buscou-se também sugerir algumas cláusulas contratuais que, embora não obrigatórias, já que não decorrentes da lei, visam proteger os contratantes e favorecer a execução regular do contrato.

No que concerne à extinção do vínculo, novamente a lei nº 8.955/1994 nada dispõe. Assim, o presente trabalho buscou sistematizar as hipóteses em que a extinção do contrato importa em indenização, considerando a aposição de termo final ou não, a partir da teoria do abuso de direito positivada no novel Código Civil e da teoria geral da responsabilidade civil.

Nos contratos de prazo indeterminado, a lei admite que sejam rompidos a qualquer tempo, constituindo um direito das partes sua desvinculação. No entanto, seu exercício não pode ocorrer de forma abusiva, sob pena de constituir em ato ilícito,

sendo necessário, para tanto, a concessão de aviso prévio, a fim de prevenir a abusividade da conduta.

Já nos acordos celebrados por prazo determinado, a expiração do prazo implica a extinção automática do contrato, sem direito à indenização por qualquer das partes, salvo se houver cláusula prevendo sua prorrogação. No entanto, se a conduta de uma ou de ambas as partes indicava tacitamente a prorrogação do vínculo para além do termo inicial, o contrato não poderá ser extinto com o advento do prazo, sob pena de exercício abusivo de direito e dever de reparação no caso de dano à contraparte.

O exercício abusivo do poder de resilir ou de não-renovar, acrescido da comprovação dos pressupostos da responsabilidade civil, faz com que o prejudicado tenha direito à indenização pelos prejuízos sofridos, estes correspondentes aos equipamentos para a instauração da franquia; pela verbas rescisórias que suportou com o rompimento dos contratos de trabalho; indenização pelo estoque que foi obrigado a manter em virtude do contrato; e, por fim, a controvertida indenização pela clientela.

A indenização pela clientela, conforme estudo desenvolvido, não é admitida de forma unânime pelos doutrinadores, havendo quem defenda sua indenização apenas quando a marca franqueada for pouco conhecida no local ou território onde se instaurou a franquia. De qualquer sorte, a indenização pela clientela é devida independente da prova do dano, já que a sua finalidade é evitar o enriquecimento ilícito por parte do franqueador, pois este poderá se valer da clientela já formada pelo franqueado para instaurar nova unidade franqueada.

Diante da quantidade de redes e unidades de franquia operando no Brasil atualmente e da demonstração dos abusos passíveis de serem cometidos, não sendo poucos os casos submetidos ao Poder Judiciário, o presente estudo permite facilmente concluir que nem a teoria geral dos contratos, menos ainda a Lei 8.955/1994, conseguem dar efetiva proteção aos negociantes, que acabam sempre sujeitos ao abuso da contraparte e, por vezes, do julgador.

Impõe-se, portanto, a necessidade de uma nova disciplina jurídica a esses contratos que, sem aniquilar a liberdade negocial, permita maior segurança jurídica às partes.

7 REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. *Da Franquia Comercial (franchising)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil comentado: negócio jurídico. Atos jurídicos lícitos. Atos ilícitos: artigos 104 a 188*, volume II. São Paulo: Atlas, 2003.

BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. *Natureza jurídica do contrato de franchising*. In Revista dos Tribunais, v.79/54-68.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Abuso do direito*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2006

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CHERTO, Marcelo Raposo. *Franchising: revolução no marketing*. São Paulo: McGraw-Hill, 1988.

CRETELLA NETO, José. *Do contrato internacional de franchising*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Lisboa: Almedina, 1983.

DE PAOLA, Leonardo Sperb de. *Sobre a denúncia dos contratos de distribuição, concessão comercial e franquia*. In Revista Forense, v. 343/115-148.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, vol. 3. 21.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Curso de Direito Civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil*, 21^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

FORGIONI, Paula A. *A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil Brasileiro* in Revista de Direito Mercantil, v.130/7-38.

_____. *Contrato de Distribuição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, vol. IV: contratos. tomo 1, 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: vol. III: contratos e atos unilaterais*. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *Licitação e Contratos Administrativos – Estudos sobre a interpretação da lei*, São Paulo: Malheiros, 1995.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Repensando a teoria do abuso de direito*. Salvador: JusPODIVM, 2006.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Denúncia de contrato de franquia por tempo indeterminado*. In Revista dos Tribunais v.719/83-96.

LILLA, Paulo Eduardo. *O abuso de direito na denúncia dos contratos de distribuição: o entendimento dos tribunais brasileiros e as disposições do novo Código Civil*. In Revista de Direito Mercantil, v. 127/229-247.

LOBO, Jorge. *Contrato de franchising*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 15..ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 1.ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, tomo XXV, 3ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Abuso do Direito*. In Revista trimestral de direito civil : RTDC, v.4, n.13, p.97-110, jan./mar., 2003.

PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra : Livraria Almedina, 1995.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro:Elsevier, 2009.

REQUIÃO, Rubens. *Concessão de Venda com Exclusividade*. In *Aspectos Modernos de Direito Comercial*, Estudos e Pareceres, 2ª edição, pp. 117/164, 1988.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra : Almedina, 1988.

SIMÃO FILHO, Adalberto. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1997.

THEODORO JUNIO, Humberto; MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. *Apontamentos sobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e de concessão comercial*. In *Revista de Direito Mercantil*, v. 122/7-37.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002..

<http://www.portaldofranchising.com.br>